

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA

RENONCIATION DE LA FEMME

A SON HYPOTHÈQUE LÉGALE

AU PROFIT DE L'ACQUÉREUR D'IMMEUBLES DU MARI
OU DE LA COMMUNAUTÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Paul Albert MARTIN

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot et rue Toullier, 13

1896

THÈSE
POUR LE
DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA
RENONCIATION DE LA FEMME
A SON HYPOTHÈQUE LÉGALE

AU PROFIT DE L'ACQUÉREUR D'IMMEUBLES DU MARI
OU DE LA COMMUNAUTÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Mardi 25 Février 1896, à 1 heure

PAR

Paul Albert MARTIN

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

Président : M. BOISTEL.

Suffragants : { MM. CHAVEGRIN, } professeurs.
MASSIGLI, }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot et rue Toullier, 13

1896



INTRODUCTION

L'hypothèque légale de la femme mariée a une origine très ancienne. L'ancien droit romain accordait déjà à la femme, pour la restitution de sa dot et le paiement de ses reprises, un *privilegium inter personales actiones* (1), qui lui assurait un rang intermédiaire entre les créanciers hypothécaires et les créanciers chirographaires ordinaires.

Justinien créa, en sa faveur, une garantie plus puissante encore, en lui conférant une hypothèque tacite sur les biens de son mari (2). Cette hypothèque privilégiée permettait à la femme, pour la restitution de sa dot, de se faire payer avant tous les créanciers du mari et même avant ceux qui avaient une hypothèque antérieure au mariage (3).

L'hypothèque de la femme mariée pénétra en Gaule avec le droit de Justinien et nous la trouvons mentionnée dans l'ordonnance de 1539. Elle ne garda toutefois son caractère privilégié que dans certains pays de droit

(1) L. 74. D. *De jure dotium* (XXIII, 3).

(2) L. 1. C. *De rei uxoriæ actione* (V, 13).

(3) L. 12. C. *Qui potiores in pignore* (VIII, 18).

écrit. Partout ailleurs ses caractères et son rang variaient avec les coutumes. Les femmes mariées sans contrat se trouvaient ainsi aussi efficacement protégées que celles qui étaient déjà investies de l'hypothèque générale attachée, dans notre ancien droit, à tous les actes notariés.

Abrogée par la loi du 9 messidor an III, l'hypothèque légale de la femme mariée fut rétablie par la loi du 11 brumaire an VII, et elle est passée définitivement dans notre législation avec le Code de 1804 (art. 2121).

D'une façon générale, l'hypothèque légale, fondée sur l'idée de dépendance de la femme pendant le mariage, garantit toutes les créances que celle-ci peut avoir contre son mari ; elle frappe tous les immeubles de ce dernier et les conquêts de la communauté. Toutefois, en tant qu'elle porte sur les conquêts de la communauté, l'hypothèque légale est subordonnée, quant à son étendue, à l'option de la femme ou de ses héritiers après la dissolution de la communauté. Si la femme renonce à la communauté, il n'y a guère de doute possible ; elle est censée n'avoir jamais été commune : elle peut donc exercer son hypothèque légale sur les conquêts de la communauté, au même titre que sur les biens propres du mari, et même au préjudice d'un créancier hypothécaire ou d'un acquéreur, si elle lui est préférable en rang, et si elle n'a pas concouru à la constitution d'hypothèque ou à l'aliénation (1).

(1) Cf. Aubry et Rau, III, n° 264^{ter}, 3°.

La question est, au contraire, vivement controversée, au cas où la femme accepte la communauté.

L'hypothèque ne peut certainement pas s'exercer sur les conquêts qui tombent dans le lot de la femme. « Les conquêts, disent MM. Aubry et Rau (1), qui, par suite du partage de la communauté, ont été attribués à la femme, doivent être considérés comme n'ayant jamais été grevés de son hypothèque légale, de telle sorte que les créanciers qu'elle y a subrogés ne peuvent faire valoir sur ces biens aucun droit hypothécaire, au préjudice de ses autres créanciers ou des tiers détenteurs ».

Mais qu'advient-il pour les conquêts immobiliers qui sont attribués au mari?

La jurisprudence, et avec elle beaucoup d'auteurs (2), autorise la femme à se prévaloir de son hypothèque légale sur les conquêts attribués au mari, mais seulement à l'encontre des créanciers chirographaires. Elle serait donc obligée de respecter les aliénations et les constitutions d'hypothèques faites par le mari, antérieurement à la dissolution de la communauté, alors même qu'elle n'y aurait pas concouru. En effet, disent les partisans de cette solution, la femme, qui accepte la communauté, ratifie les actes accomplis par son mari, et se met dans la même situation que si elle y avait personnellement concouru; elle se soumet, de plus, à

(1) Aubry et Rau, III, n° 264^{ter}, 3°.

(2) Cf. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*

l'obligation de garantie résultant de la vente ou de la constitution d'hypothèque passées par son mari, et perd ainsi le droit d'évincer les acquéreurs et les créanciers hypothécaires.

Nous ne croyons pas, pour notre part, que la femme, en renonçant à la communauté, s'oblige personnellement envers les acquéreurs ou les créanciers hypothécaires de son mari; cette obligation existerait alors aussi bien à l'égard des créanciers chirographaires, et on admet cependant que la femme peut toujours invoquer à leur encontre son hypothèque légale; que deviendrait aussi le bénéfice d'émolument de l'art. 1483, qui n'est accordé à la femme que par rapport aux créanciers de la communauté envers lesquels elle ne s'est pas obligée personnellement?

Nous croyons aussi que l'obligation de garantie, contractée par la femme, par le fait de son acceptation, n'existe que pour la moitié des engagements (art 1482), et encore, dans cette mesure, la femme n'y serait-elle soumise que jusqu'à concurrence de son émolument (art. 1483).

Nous pensons donc, pour notre part, qu'au cas d'acceptation de la communauté, l'hypothèque légale de la femme continue à s'exercer sur les conquêts immobiliers attribués au mari dans le partage.

Le rang de l'hypothèque légale varie, dans notre législation, avec la nature des créances qu'elle garantit; l'art. 2135 C. civ. nous en donne une énumération qui

n'a rien de limitatif ; aussi, de nombreuses controverses se sont-elles élevées sur la question du rang des créances, garanties par l'hypothèque légale, qui ne rentrent pas dans les prévisions de cet article ; nous nous rangerons, sans entrer dans la discussion, à l'opinion qui fait remonter l'hypothèque légale au jour du mariage, pour tous les cas où le législateur n'en a pas décidé autrement. Enfin, l'hypothèque légale assujettie à la formalité de l'inscription par la loi de brumaire an VII, en a été dispensée pendant le mariage par le Code civil (art. 2135), qui a logiquement complété ainsi la faveur accordée à la femme, en prenant en considération les difficultés que sa situation de dépendance lui susciteraient dans l'accomplissement de cette formalité.

Il n'est pas besoin d'un long examen pour reconnaître qu'un pareil mode de garantie présente, à côté d'avantages incontestables, de non moins grands inconvénients.

Le principal est le coup porté au crédit du mari ; ses immeubles, qui devraient être pour lui un puissant moyen de crédit, se trouvent, en effet, grevés d'un droit trop indéterminé pour pouvoir offrir aucune garantie à un créancier prévoyant. Le droit de suite que la femme possède sur eux effraiera aussi les acquéreurs et leur vente deviendra à peu près impossible. « L'entrave apportée ainsi au crédit du mari, fait

« remarquer M. Baudry-Lacantinerie (1), est d'autant
« plus lourde que la femme est plus riche, car ses
« reprises, et, par suite, l'étendue de son hypothèque,
« croîtront ordinairement en raison directe de sa for-
« tune. »

Existe-t-il un moyen légal pour la femme, qui veut fortifier le crédit de son mari, de rassurer les tiers avec lesquels celui-ci veut traiter ? Et, d'autre part, la femme elle-même ne peut-elle pas utiliser au service de ses propres intérêts la puissante garantie que le législateur lui a accordée ?

Oui, et le moyen d'atteindre ce double but se présente pour la femme sous deux formes différentes :

1° Céder la créance hypothécaire qu'elle a contre son mari ;

2° Céder son hypothèque légale détachée de la créance.

Nous devons examiner ces deux hypothèses.

La cession de la créance hypothécaire ou privilégiée en général, et celle de la créance hypothécaire de la femme mariée en particulier, ne présentent en elles-mêmes aucune difficulté. Le fait qu'une créance est garantie par une hypothèque ou un privilège ne peut évidemment pas faire obstacle à ce qu'elle soit transmise à un tiers. Cette opération rentre dans les prévisions

(1) *Droit civil*, III, n° 1231.

des art. 1689 et s. C. civ. ; les règles de formes des art. 1690-1691 s'y appliquent comme à toute autre cession de créance. Sa possibilité est d'autant plus évidente qu'elle peut s'opérer par le seul fait de la loi dans les cas prévus aux § 2 et 5 de l'art. 2103.

D'où vient donc que la femme usera si rarement de ce premier moyen ?

C'est qu'il ne pourra être vraiment utilisé que pour le cas de créances très particulières ; la cession d'un droit ne peut s'accomplir facilement et utilement que quand il est certain et déterminé : telle serait, par exemple, la cession de la créance résultant pour la femme d'un prêt consenti à son mari, ou d'une indemnité à elle due par ce dernier.

Mais, les principales créances garanties par l'hypothèque légale de la femme, la créance en restitution de sa dot, la créance en reprises, pour ne citer que celles-là, présentent un caractère éventuel et indéterminé, qui n'en rend pas la cession impossible, il est vrai, mais effraiera bien des cessionnaires ; ce seront quelquefois, cependant, les seules dont la femme pourra disposer.

La cession de l'hypothèque légale détachée de la créance se présente, au contraire, comme une ressource beaucoup plus avantageuse : elle remplit parfaitement le but désiré et s'applique à tous les cas.

Voilà donc pour la femme le moyen par excellence de relever le crédit de son mari ; mais, la loi le lui per-

met-elle, ou, en d'autres termes, la cession de l'hypothèque détachée de la créance est-elle licite ?

C'est, à vrai dire, surtout au sujet de l'hypothèque légale de la femme que cette question s'est autrefois posée et c'est justement le cas où elle n'existe même plus depuis la loi du 23 mars 1855. L'art. 9 de cette loi a reconnu la légalité des cessions de l'hypothèque légale de la femme mariée, en en réglementant les conditions de forme ; mais, sous l'empire du Code civil, au contraire, une vive controverse s'était élevée sur la possibilité de la cession de l'hypothèque détachée de la créance, en général.

Deux groupes de systèmes se trouvaient en opposition.

Les uns, ne voulant voir dans la cession de l'hypothèque qu'une véritable cession de créance, la soumettaient aux règles de forme des art. 1690-1691, et, du jour de la signification ou de l'acceptation du débiteur cédé, dans un acte authentique, considéraient le cessionnaire comme étranger aux vicissitudes du droit du cédant (art. 1242, 1295, 1298 C. c.).

Les autres, admettant la cession distincte de l'hypothèque, la créance restant entière entre les mains du cédant, repoussaient toute application des art. 1690 et suivants, et n'admettaient le cessionnaire à l'exercice de son droit accessoire que dans la mesure seulement où le cédant conservait le droit principal.

En tout cas, tous étaient d'accord pour reconnaître ;

1° Que la cession de l'hypothèque n'en entraînait que le déplacement et non l'extinction ;

2° Que le cédant ne renonçait à son droit que dans la limite où cela était nécessaire au cessionnaire (ce qui permettait des cessions successives) ;

3° Et enfin que le cédant ne transmettait son droit que dans la mesure et sous les conditions où il aurait pu l'exercer lui-même (1).

A l'appui de leur doctrine, les partisans du premier système (2) alléguaient que l'hypothèque, droit accessoire, devait nécessairement rester attachée au droit principal qu'elle garantissait (3). D'autre part, disaient-ils, l'art. 775 C. pr. civ., interdit les sous-ordres, et le cessionnaire de l'hypothèque détachée de la créance ne peut exercer son droit qu'au moyen d'un sous-ordre. MM. Aubry et Rau (4) concluaient en ce sens : « La relation qui unit les privilèges et les hypothèques aux créances pour sûreté desquelles ils sont établis, est tellement intime qu'il est juridiquement impossible de les en détacher pour les adjoindre à une autre créance, ou, en d'autres termes, d'en faire l'objet d'une véritable cession séparée et indépendante de la transmission de ces créances mêmes ».

(1) M. Beudant, *Rev. critique*, XXVIII, 1866, nos 55 s.

(2) Voir résumé de la discussion. Bertauld, *De la subrogation à l'hyp. lég. de la femme mariée*, nos 11 s.

(3) Mourlon, *Des subrogations*, p. 285.

(4) Aubry et Rau, III, § 288 et note 2,

Et plus particulièrement, ajoutait-on, la cession de l'hypothèque légale de la femme, détachée de sa créance contre son mari, doit être considérée comme contraire à l'ordre public, car le législateur n'a pas voulu qu'elle se dépouillât d'une sûreté qu'il lui a imposée. L'autoriser à en trafiquer, c'est l'abandonner sans défense à la pression du mari ; c'est lui permettre aussi d'arriver indirectement à accomplir des restrictions sans les formalités des art. 2144 et suivants que la loi a exigées dans son intérêt.

Les partisans de la seconde opinion répondaient à ces arguments par le grand principe de la liberté des conventions (art. 1134). L'existence de l'hypothèque, détachée de la créance, se conçoit parfaitement, disaient-ils, et est même prévue par le législateur aux articles 1278 et 1281 C. civ. (1) ; enfin, le cessionnaire de l'hypothèque est investi d'un droit propre, et un sous-ordre n'est nullement nécessaire pour permettre sa collocation.

Et M. Valette (2) résumait ainsi la question en ce dernier sens : « Nous pensons, qu'aucune loi ne prohibe la cession d'un droit d'hypothèque, ce droit qui, en somme, est purement pécuniaire, ne peut être mis hors du commerce, mais qu'il est négociable et transmissible ; suivant nous, il y a lieu d'appliquer ici l'adage *qui peut le plus peut le moins* ; nul n'a inté-

(1) Cf. Championnière et Rigaud, *Droits d'enregistrement*, II, 1185.

(2) *Traité des priv. et hyp.*, p. 209.

« rêt ni qualité pour se plaindre de ce que la cession
« ne comprend qu'un accessoire, qu'un émolument de
« créance, au lieu de comprendre la créance tout
« entière. »

Quant à la cession de l'hypothèque légale de la femme, en particulier, il n'est pas juste de dire qu'elle constitue une atteinte à l'ordre public ; ce que celui-ci interdit, en effet, c'est l'abolition pure et simple de l'hypothèque légale, et, ici, elle sert simplement d'objet à un contrat ; enfin, la cession de l'hypothèque légale, qu'on s'est plu à représenter comme essentiellement nuisible à la femme, est encore bien moins dangereuse que beaucoup d'autres aliénations autorisées par la loi ; elle sera même parfois très-nécessaire à la femme.

Placée entre ces deux courants d'opinions, la jurisprudence, par une sorte de contradiction bizarre, avait emprunté aux uns le principe et aux autres les conséquences. La Cour de cassation (1) semblait bien condamner, en effet, la cession de l'hypothèque détachée de la créance mais elle admettait en même temps toutes les conséquences d'un pareil contrat (2), et en pratique, on peut dire que la cession de l'hypothèque était généralement admise.

Peut-être eût-il été plus simple, et aussi plus vrai, de dire qu'une telle convention constituait une hypothèque de l'hypothèque et en admettre la pratique en

(1) Cass. 23 janvier 1853. D. 53. 1. 12.

(2) Beudant, *op. cit.*, n° 63.

observant que cette hypothèque avait son existence intimement liée à celle de la créance qu'elle garantissait originairement. Il y a là une idée que ne rend pas le mot *cession*.

Quoiqu'il en soit, on ne peut plus contester aujourd'hui à la femme le droit de céder son hypothèque légale détachée de la créance qu'elle garantit. Mais il est intéressant de savoir dans quelle mesure elle peut opérer cette séparation, et quel sera le caractère de l'acte ainsi accompli.

Nous nous trouvons ainsi amenés à examiner les différentes hypothèses où la femme peut céder son hypothèque ; ces conventions sont ordinairement comprises sous le nom très-vague de *subrogations*, qui est même plutôt inexact, car ces actes n'ont aucun rapport avec la subrogation dont il est parlé aux articles 1251 et suivants. Les conventions relatives à l'hypothèque légale peuvent revêtir, au contraire, des caractères tellement distincts qu'ils en font des actes absolument différents. Nous devons donc, en les examinant, essayer d'en déterminer les caractères aussi nettement que possible, et fixer la terminologie que nous emploierons à l'avenir pour les désigner.

Trois situations doivent être envisagées :

- 1° La femme peut céder son hypothèque légale à un créancier personnel ;
- 2° Elle peut la céder à un créancier de son mari ;
- 3° Elle peut enfin consentir une cession au profit

d'un acquéreur d'immeubles du mari ou de la communauté.

1^{er} CAS. — *Cession à un créancier de la femme.*

L'intérêt d'une pareille cession se comprend aisément : La femme qui ne possède pas d'immeubles, ou du moins pas d'immeubles libres, propose au créancier soucieux d'obtenir une garantie, de lui céder son hypothèque et son rang sur les immeubles de son mari. La femme qui ne disposait que de créances mobilières va se trouver jouir ainsi des avantages d'un véritable crédit foncier.

Nous nous trouvons bien là en présence d'une cession de l'hypothèque détachée de la créance puisque la femme détache son hypothèque légale de la créance qu'elle a contre son mari pour garantir la dette qu'elle va contracter.

L'effet de la séparation ainsi opérée par la femme entre ses deux droits n'est pas douteux dans cette première hypothèse : il ne peut pas être question ici d'une extinction de l'hypothèque légale qui ne serait d'aucune utilité au créancier ; nous sommes en présence d'une véritable cession, d'un acte *translatif* : le créancier investi de l'hypothèque de la femme la fait valoir comme si elle avait été établie à son profit, et, au jour de l'ouverture de l'ordre, il se fera colloquer à son rang pour le montant de la dette de la femme,

pourvu, bien entendu, que celle-ci soit restée créancière de son mari pour une somme au moins égale.

La situation du créancier ainsi subrogé aux droits de la femme sera bien supérieure à celle de celui qui se bornerait à poursuivre sur les immeubles du mari, en vertu du principe de l'art. 1166 C. c., la procédure de l'art. 775 du C. de pr. civ. Il primera ses co-créanciers au lieu de venir en contribution avec eux. L'acte de la femme l'aura donc doté d'une situation privilégiée : celle dont elle jouissait elle-même dans ses rapports avec son mari.

Le mot qui exprime exactement cette idée est celui de *subrogation*. On emploiera parfois, dans le même sens, celui de *cession*, mais jamais celui de *renonciation*.

II^e CAS. — *Cession à un créancier du mari.*

C'est l'hypothèse à laquelle nous faisons allusion au début de cette étude en disant que l'hypothèque légale de la femme portait une atteinte considérable au crédit du mari.

Le mécanisme de cette cession est aussi aisé à comprendre que celui de la précédente :

Le mari dont la fortune se compose principalement d'immeubles, se trouve momentanément embarrassé et cherche à se procurer des fonds, sans recourir à des aliénations inutiles; les prêteurs auxquels il s'adresse

lui font observer que les seules garanties par lui offertes, c'est-à-dire ses immeubles, pourront bien leur échapper un jour. En effet, ces immeubles sont grevés de l'hypothèque légale de sa femme ; rien ne dit aux futurs créanciers que les droits de celle-ci n'absorberont pas, le cas échéant, la totalité de leur prix ; dès lors, les créanciers postérieurs à la femme, ne venant plus en ordre utile, leur garantie, de sérieuse qu'elle paraissait au premier abord, deviendra illusoire.

C'est alors qu'intervient la femme.

Le créancier du mari est-il simplement chirographaire, la femme renoncera à son hypothèque légale pour lui éviter d'être primé par elle ; et, de plus, elle l'y subrogera, elle lui cédera sa garantie avec son rang pour le protéger contre des créanciers hypothécaires ou des subrogés ultérieurs.

Se trouve-t-elle, au contraire, en présence d'un créancier hypothécaire, la femme renoncera également à son hypothèque en sa faveur, pour lui permettre de venir un jour en ordre utile ; elle lui cédera aussi son rang pour lui donner le pas sur les créanciers hypothécaires postérieurs à elle, mais antérieurs à lui. Le crédit de son mari se trouvera consolidé d'autant.

Dans ces divers cas relatifs à notre deuxième hypothèse : *Cession au profit d'un créancier du mari*, on emploiera indifféremment, pour désigner l'acte de la femme, les mots *cession*, *subrogation* ou *renonciation*, mais les deux premiers seront plus rigoureusement

exacts, parce qu'il s'agira alors d'un acte essentiellement *translatif*, d'une véritable cession d'hypothèque légale, et non d'une simple abdication de la femme, qui ne suffirait pas à protéger les créanciers du mari.

« Toute renonciation expresse ou tacite à l'hypothèque légale consentie par la femme en faveur d'un de ses créanciers personnels ou d'un créancier du mari, disent MM. Aubry et Rau, doit en général, et d'après l'intention probable des parties, être considérée comme translatrice et emportant, de même qu'une cession formelle, une véritable subrogation à l'hypothèque légale. Le créancier au profit duquel la renonciation a eu lieu est donc, comme tout subrogé, autorisé à exercer en son propre nom les droits hypothécaires de la femme (1). »

Il est intéressant de remarquer, en terminant l'examen de cette seconde hypothèse, que la femme, lorsqu'elle se trouve en présence d'un créancier hypothécaire de son mari, n'a pas besoin de consentir une véritable cession de son hypothèque; elle atteindra parfaitement le but désiré par le créancier en lui cédant simplement son rang; c'est ce qu'on appelle la cession d'*antériorité* ou de *priorité*; elle ne constitue, à vrai dire, qu'une simple intervention de rang, la femme et le créancier prenant réciproquement le rang l'un de l'autre; cette situation particulière offre à la femme

(1) Aubry et Rau, III, n° 288 bis, 4°.

l'avantage d'acquérir une hypothèque en échange de celle qu'elle cède, tandis que, dans les deux cas précédemment examinés, elle devenait créancière chirographaire dans la mesure où ses droits hypothécaires étaient exercés par les cessionnaires.

III^e CAS. — *Cession ou renonciation en faveur d'un acquéreur d'immeubles du mari ou de la communauté.*

Reste enfin une troisième hypothèse qui doit principalement faire l'objet de notre étude : la femme peut être amenée à renoncer à son hypothèque légale en faveur d'un acquéreur d'immeubles du mari ou de la communauté. Ici le caractère de l'opération est plus difficile à préciser que dans les deux hypothèses précédentes.

Un premier intérêt pour l'acquéreur à cette renonciation apparaît clairement.

L'immeuble vendu par le mari se trouvant grevé de l'hypothèque légale de la femme, il importe à l'acquéreur de voir éteindre le droit de suite que celle-ci conserverait sur l'immeuble, même entre ses mains : il demandera donc nécessairement sa renonciation, expresse ou tacite, pour se protéger contre une éviction future : il réclamera, en un mot, de la femme une abdication de son droit. Cette extinction de l'hypothèque

légale sera suffisante, si l'immeuble n'est grevé d'aucune autre hypothèque.

Mais, supposons-le grevé d'une autre hypothèque légale, primé par celle de la femme, celle d'un mineur, par exemple : ne voyons-nous pas que l'acquéreur, malgré la renonciation de la femme qui le met à l'abri des poursuites de celle-ci, n'échappera pas, néanmoins, à celles du mineur, s'il n'a, en sa possession, un droit préférable à lui opposer.

Ce droit, la femme peut encore le lui procurer. Ne se bornant plus alors à renoncer à son hypothèque légale, elle y subrogera l'acquéreur, elle lui cédera son rang, ou plus justement, son droit de préférence sur le prix. Ce qui se passera devient facile à comprendre : le jour où le créancier hypothécaire provoquera la saisie immobilière et l'ouverture d'un ordre, l'acquéreur se présentera le premier, avec le rang hypothécaire de la femme, et se fera colloquer sur le prix de l'immeuble pour le montant de la somme par lui payée : l'éviction sera, il est vrai, inévitable, s'il n'a pas purgé, mais il n'y aura pas de perte, à proprement parler, pour lui : il rentrera dans la somme qu'il a versée.

A tout ceci, on peut objecter que l'acquéreur arrivera au même résultat en recourant aux formalités de la purge. Mais, outre que la purge des hypothèques légales, surtout lorsqu'elles ne sont pas inscrites, donne lieu à une procédure très longue et très compliquée, la distribution par ordre, qui en est souvent la consé-

quence, est tellement onéreuse qu'elle peut finir quelquefois par absorber le prix entier de l'immeuble (1).

On comprend donc aisément que la renonciation de la femme, qui aboutit au même résultat que la purge, tout en évitant ses lenteurs et ses frais, sera presque toujours préférée par l'acquéreur.

Quoiqu'il en soit, nous rencontrons, dans cette troisième hypothèse, deux actes de nature bien différente : une simple *renonciation* de la femme, ou pour mieux dire, une extinction de son droit dans un cas, une véritable subrogation dans l'autre. Rien n'est plus simple que d'en fixer la nature quand les parties ont nettement exprimé l'intention de faire l'une ou l'autre de ces conventions ; mais dans le doute sur leurs intentions, les circonstances, font observer MM. Aubry et Rau, peuvent seules servir à les interpréter : « Quant à la renon-
« ciation consentie en faveur d'un acquéreur d'immeu-
« bles vendus par le mari, disent ces auteurs (2), elle
« est simplement abdicative lorsqu'il n'existe pas sur
« ces immeubles d'hypothèques postérieures, en rang,
« à celle de la femme, parce que, dans ce cas, elle ne
« peut avoir d'autre objet que de mettre l'acquéreur à
« l'abri de l'exercice de l'hypothèque légale de la part
« de la femme elle-même ou des créanciers auxquels
« elle pourrait ultérieurement la céder. Au cas con-

(1) V. rapport de M. Merlin, *J. off.*, annexes Sénat, 1888, n° 37.

(2) Aubry et Rau, III, n° 288 bis, 4^o.

« traire, on doit la considérer comme translatrice, en ce
« sens que l'acquéreur qui, après avoir payé son prix,
« se trouve obligé de purger ou de délaisser, peut,
« dans l'ordre ouvert sur le mari, exercer à l'encontre
« des créanciers postérieurs en rang à la femme, les
« droits hypothécaires de celle-ci ».

Il nous reste à voir, avant d'aborder l'étude des conditions de validité de la renonciation en faveur d'un tiers acquéreur, quel caractère nous lui reconnaitrons pour notre part.

Sur ce point essentiel, plusieurs systèmes sont en présence.

Nous venons de voir que, dans le doute sur la véritable intention des parties, MM. Aubry et Rau reconnaissent à la renonciation, en faveur de l'acquéreur, d'immeubles du mari ou de la communauté un double caractère : simplement *extinctive* lorsqu'il n'existe pas sur l'immeuble d'hypothèques postérieures à celle de la femme, elle devient *translatrice* dans le cas contraire.

Cette solution n'est pas admise par tous les auteurs.

Certains d'entre eux, parmi lesquels M. P. Pont, enseignent que la renonciation ne peut jamais produire que des effets extinctifs.

« La renonciation, dit cet auteur, est purement extinctive, ou plutôt, il y a moins ici une renonciation proprement dite que l'extinction de l'hypothèque

« légale au profit du tiers-acquéreur, sur l'immeuble
« dont il a fait l'acquisition (1)... Le concours solidaire
« de la femme à la vente que fait le mari ou son cau-
« tionnement à la même vente n'opèrent ni cession ni
« renonciation translatrice de l'hypothèque légale en
« faveur de l'acquéreur dans le sens de l'art. 9 de la
« loi du 23 mars 1855; ils en opèrent l'extinction par
« l'effet même de la convention à l'égard de la chose
« vendue : c'est l'extinction par remise de dette, ou,
« pour parler plus strictement, par remise ou libération
« du gage (2). »

Pour les partisans de ce système, l'acte consenti par la femme sous le nom de renonciation équivaut à une extinction de ses droits, et toute théorie qui tendrait à changer la nature de cet acte selon les besoins de l'acquéreur est purement arbitraire (3) : le droit de la femme est éteint, il ne peut pas se transférer, ou, en d'autres termes, la femme prend l'engagement de ne pas se servir de son droit de suite pour inquiéter l'acquéreur; mais, elle ne lui cède nullement son droit de préférence sur le prix : c'est à lui de ne payer qu'en bonnes mains, et d'éviter les poursuites éventuelles des créanciers hypothécaires postérieurs à la femme.

A notre avis, cette théorie a le tort grave de reposer tout entière sur l'interprétation d'un mot : pour

(1) Paul Pont, *Priv. et hyp.*, I, 484.

(2) Coin. Delisle, cité par P. Pont, *id.*

(3) Cf. Merignhac, *Contrats relat. à l'hyp. lég.*, n° 138.

MM. P. Pont et Merignhac, renoncer veut forcément dire éteindre. Nous croyons, pour notre part, qu'il est plus juste de chercher dans l'intention probable des parties, la nature du contrat qu'elles ont conclu ; il ne sera plus vrai de dire alors, avec M. Mérignhac, qu'on la change suivant le besoin de l'acquéreur : la renonciation sera translatrice ou extinctive dès le début. L'interprétation de la convention reviendrait, le cas échéant, au juge du fond.

D'autres auteurs enfin, et, à leur tête, Proudhon, considèrent la renonciation au profit de l'acquéreur comme translatrice dans tous les cas. « L'aliénation du fonds
« consentie par les deux époux, dit Proudhon, opère-
« rait nécessairement, au profit de l'acquéreur, le trans-
« fert de tous les droits des vendeurs : la femme n'a-
« liènerait pas moins son droit d'hypothèque sur le fonds
« vendu que le mari son droit de propriété dans le
« même fonds, puisque l'acte de vente consenti simul-
« tanément par eux emporterait par sa nature la ces-
« sion des droits que l'un et l'autre avaient dans la
« chose (1). »

Si la théorie de MM. Pont et Mérignhac nous a paru un peu étroite et rigoureuse pour les parties, dont elle méconnaît les intentions probables, il faut avouer que celle de Proudhon, bien que chère à la jurisprudence, est quelque peu empreinte du même défaut, en sens

(1) Proudhon, *Usufruit*. V. 2340.

inverse. Pourquoi investir forcément l'acquéreur des droits de la femme, si, par exemple, étant donné l'absence de créanciers hypothécaires postérieurs, il a voulu seulement libérer l'immeuble ? Une telle translation n'a aucun intérêt ; pourquoi alors la supposer ?

La théorie qui tient compte de l'intention probable des contractants pour fixer la nature de la renonciation nous semble la plus séduisante. Mais, à ce point de vue, au lieu de dire, comme MM. Aubry et Rau, que la renonciation est abdicative quand il n'y a pas, sur l'immeuble, d'hypothèques, et translatrice quand il en existe, pourquoi ne pas faire comme la loi du 13 février 1889, la distinction entre la renonciation au droit de suite et la cession du droit de préférence ?

L'hypothèque légale de la femme mariée, comme toutes les autres, du reste, se compose en effet de ces deux droits, et rien dans la loi ne s'oppose à ce qu'elle en dispose séparément.

Pourquoi alors, au lieu de discuter sur la nature extinctive ou translatrice de la renonciation au profit de l'acquéreur, ne pas dire simplement, que dans le cas où il n'y a pas de créances hypothécaires postérieures à la femme, celle-ci se borne à abdiquer son droit de suite, et que, s'il en existe, elle cède, de plus, son droit de préférence sur le prix, dans le but indiqué plus haut ?

La renonciation au droit de suite serait évidemment extinctive, et la subrogation au droit de préférence

translative, mais en tout cas il y aurait là deux choses bien distinctes, et non pas un seul et même acte.

Il reste bien évident qu'il appartient toujours aux parties d'indiquer clairement celui des deux actes qu'elles ont voulu accomplir, et leur intention est, dès lors, leur loi ; mais, quand un doute peut s'élever sur la nature de la convention, le *criterium* que nous venons d'indiquer serait peut-être le plus sûr moyen d'interpréter la volonté des contractants.

Rien ne semble condamner, en droit, cette solution, et elle a, croyons-nous, le mérite de respecter la liberté des conventions et d'être conforme à l'esprit de la loi nouvelle de 1889.

CHAPITRE PREMIER

CONDITIONS DE VALIDITÉ.

L'étude des conditions de validité de la renonciation au profit d'un acquéreur d'immeubles devra embrasser deux ordres d'idées bien distincts.

Nous devons examiner successivement celles qui se rapportent à la capacité des personnes et celles qui tiennent aux formes mêmes du contrat.

Donc deux sections :

- I. Capacité de la femme mariée ;
- II. Conditions de forme de la renonciation.

SECTION I

CAPACITÉ DE LA FEMME.

Nous avons examiné précédemment et résolu de façon affirmative la question de savoir si l'hypothèque légale se prête à une cession distincte de celle de la créance hypothécaire. Nous devons nous demander maintenant quelles conditions de capacité la femme mariée doit

remplir pour pouvoir accomplir valablement une pareille cession.

Et d'abord, a-t-on toujours reconnu à la femme mariée le droit de disposition sur son hypothèque légale ?

Les contrats relatifs à l'hypothèque légale, dans la forme où ils existent aujourd'hui, étaient inconnus dans notre ancien droit, mais on peut trouver dans une pratique très habituelle à cette époque, et venue du reste du droit romain, une première application du droit de disposition de la femme mariée sur son hypothèque légale. La maxime *pignus pignori dari potest* permettait, en effet, à la femme de donner en gage son hypothèque, et la conséquence de cette opération était la procédure de *sous-ordre*, aujourd'hui interdite, mais dont il est nécessaire de dire un mot.

Le jour où, après saisie immobilière, un ordre venait à être ouvert sur les immeubles du mari, les créanciers qui avaient reçu en gage l'hypothèque de la femme pouvaient intervenir à l'ordre pour se faire colloquer à ses lieu et place sur la somme lui revenant. Ils formaient dans ce but une opposition en sous-ordre. « Le « sous-ordre étant, dit Pothier, l'ordre dans lequel la « somme, pour laquelle un créancier a été colloqué « utilement, est distribuée entre les créanciers de ce « créancier (1) ».

Il est aisé de comprendre que, si la somme revenant

(1) Pothier, *Proc. civ. et crim.* Ed. 1778, p. 611.

à la femme était suffisante pour désintéresser tous les créanciers opposants, aucune contestation ne s'élevait relativement aux droits de ceux-ci. Mais, lorsque la somme pour laquelle la femme avait été colloquée était insuffisante, les auteurs n'étaient pas d'accord sur sa répartition entre les créanciers; les uns pensaient qu'elle devait être distribuée au marc le franc, et c'était la solution admise par les coutumes qui ne reconnaissaient pas de droit de préférence sur les meubles (1). Mais, le plus grand nombre des auteurs et des coutumes admettaient, au contraire, la distribution par rang d'hypothèque, les créanciers venant dans l'ordre où la femme leur avait donné un droit sur son hypothèque légale.

C'était la solution enseignée par Pothier (2), en conformité avec la maxime *pignus pignori dari potest*,

(1) A l'époque de la renaissance du droit romain, c'est-à-dire au xiv^e siècle, on admit dans beaucoup de coutumes l'existence d'hypothèques portant sur les meubles; cependant les inconvénients qu'entraînait l'exercice du droit de suite sur les meubles, pour la libre circulation des biens, l'avaient bientôt fait écarter et le droit de préférence avait seul subsisté; à la fin du xiv^e siècle le droit de préférence était encore admis sur les meubles pour les créanciers munis de titres authentiques emportant hypothèque; cette doctrine se conserva toujours dans les pays de droit écrit et dans quelques coutumes (Maine, Anjou, Normandie, Bretagne) mais il en fut autrement à Paris et dans le droit commun coutumier: là, après plusieurs controverses, le droit de préférence sur les meubles disparut comme le droit de suite.

(2) Pothier, *op. cit.*, p. 613.

et reconnue, d'ailleurs, par la jurisprudence du Parlement de Paris.

De cette procédure particulière, il ne reste plus rien aujourd'hui. La règle *hypothèque sur hypothèque ne vaut* est venue remplacer l'ancien adage. Non seulement l'art. 2118 C. civ. ne fait pas figurer l'hypothèque au nombre des biens pouvant être hypothéqués, mais l'art. 775 C. pr. civ. interdit formellement les sous-ordres.

Le droit, ainsi reconnu autrefois à la femme, de disposer de son hypothèque légale, n'a cependant pas disparu avec la procédure de sous-ordre, et nous devons nous demander sous quelles conditions de capacité (les conditions de forme devant faire l'objet d'un second chapitre), la femme mariée est admise aujourd'hui à céder son hypothèque légale ou à y renoncer.

La première, et la plus générale, de ces conditions nous est indiquée par l'art. 217 C. civ. La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, etc... sans l'autorisation de son mari, ou, à son défaut, celle de justice (art. 217, 219).

Il n'est pas douteux qu'un acte de l'importance d'une renonciation ou d'une subrogation de l'hypothèque légale ne rentre dans l'énumération de l'art. 217.

Il n'est pas douteux non plus qu'il ne peut jamais être considéré comme un des actes d'administration

que la femme peut accomplir seule sous le régime de la séparation de biens (art. 1536) (1).

A notre point de vue, la formule des art. 217 et 219 revient donc à dire que sous tous les régimes, même sous celui de séparation de biens qui est le moins restrictif, l'autorisation maritale, ou, à son défaut, celle de justice, sont nécessaires à la femme, pour renoncer à son hypothèque légale.

Ce principe, qui n'est plus mis en doute par personne aujourd'hui, a paru cependant contestable à certains auteurs qui se sont étonnés de voir intervenir ici l'autorisation du mari, dans l'intérêt duquel la renonciation sera le plus souvent consentie. Quelques-uns, parmi les premiers commentateurs du Code civil, eussent voulu voir exiger l'autorisation de justice, qui, à leur avis, serait d'une protection plus efficace pour la femme. Cette opinion n'a pas prévalu et le principe général de la nécessité de l'autorisation maritale doit être considéré comme s'appliquant ici (2). Sous le régime actuel, du reste, nous verrons que la forme authentique, dont le législateur a entouré l'acte de renonciation, assure suffisamment la pleine liberté du consentement de la femme.

L'autorisation maritale est donc, en principe, nécessaire et suffisante pour habiliter la femme à la renonciation hypothécaire. Mais ceci n'est absolument vrai

(1) Cass. 27 avril 1883. S. 80. 1. 360.

(2) Demolombe, *Mariage*, II, p. 232.

que pour les régimes de communauté, d'exclusion de communauté et de séparation de biens (1).

Nous allons voir que, par suite de certains événements, cette autorisation peut cesser d'être nécessaire, et que, sous un des régimes matrimoniaux les plus minutieusement réglementés par le législateur, elle n'est plus suffisante.

Le divorce, en dissolvant le mariage, soustrait entièrement la femme à l'autorité maritale, et lui rend le libre exercice de ses droits civils. A dater de cet événement, la femme n'a donc plus besoin de recourir à l'autorisation maritale pour céder son hypothèque ou y renoncer, et ce, quand bien même il existerait à son profit des gains de survie (art. 1518) dont la liquidation serait subordonnée au prédécès du mari.

Le même effet doit être aujourd'hui attribué à la séparation de corps qui, d'après la loi du 6 février 1893, rend à la femme le plein exercice de sa capacité civile, sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice (nouv. art. 311).

Voilà donc deux événements qui rendront inutile cette autorisation.

Sous le régime dotal, au contraire, elle est impuis-

(1) Certains auteurs se sont demandé si la femme, même régulièrement autorisée, ne devrait pas cependant accomplir les formalités des art. 2144 et 2145 relatifs aux restrictions d'hyp. Cette opinion est aujourd'hui abandonnée et M. Bertauld en a fait justice en des termes très nets. (*De la subrogation à l'hyp. lég. de la femme*, n° 79).

sante, dans la plupart des cas, à habiliter la femme.

« Les immeubles constitués en dot, dit l'art. 1554,
« ne peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le
« mariage, ni par le mari, ni par la femme, ni par les
« deux conjointement, sauf les exceptions qui sui-
« vent... »

Bien que la loi ne le dise pas, il est aisé de comprendre à la lecture de cet article que la conséquence nécessaire de l'inaliénabilité de certains biens de la femme est l'inaliénabilité de son hypothèque légale dans la mesure où elle en garantit la restitution (1). Sans ce principe, la loi serait trop facilement tournée.

Donc, dans quelle mesure l'hypothèque légale de la femme est-elle inaliénable sous le régime dotal ? Telle est la question que nous avons à résoudre. Laissant de côté certaines controverses dont l'examen approfondi nous entraînerait en dehors du cadre de cette étude, nous nous bornerons à rappeler, à ce sujet, les principales solutions données en doctrine et en jurisprudence.

Nous admettrons d'abord d'une façon générale que l'hypothèque légale est inaliénable en tant qu'elle garantit, non seulement la restitution de la dot immobilière, mais encore la créance en restitution de la dot mobilière (2) ; et ceci, sans entrer dans la discussion

(1) Caen, 21 juillet 1874. S. 1875. 2. 135. — Nîmes, 11 janvier 1882. S. 1882. 2. 137.

(2) Cass. 1^{er} août 1866. S. 66. 1. 363. — Cass. 13 janvier 1874. S. 74. 1. 160. — Cass. 6 décembre 1882. S. 84. 1. 27.

classique relative à l'inaliénabilité de la dot mobilière « qui, dit la jurisprudence, ne saurait plus être aujourd'hui sérieusement contestée (1) ».

La séparation de biens obtenue par la femme ne modifierait en rien cet état de choses (2) « attendu, dit la Cour de cassation (3), que sous le régime dotal et après un jugement de séparation de biens ou de corps et de biens, la dot mobilière reste absolument inaliénable entre les mains de l'épouse, aussi bien que la dot immobilière, et que tout ce qui pourrait être fait pour porter directement ou indirectement atteinte aux droits dotaux de la femme doit être considéré comme non avenu ».

Cette règle générale une fois posée, nous pouvons rencontrer, dans certains contrats de mariage adoptant le régime dotal, des clauses portant atteinte au principe de l'inaliénabilité. Dans quelle mesure ces clauses autoriseront-elles la femme à disposer, au besoin, de son hypothèque légale ?

On peut dire que toutes les solutions données sur cette matière par la jurisprudence de ces dernières années découlent de deux principes : 1° l'aliénabilité de certains biens dotaux entraîne le droit de disposition de la femme sur son hypothèque légale dans la mesure correspondante ; 2° les clauses portant atteinte à l'ina-

(1) Rennes, 4 mars 1880. S. 81. 2. 253.

(2) Cf. Aubry et Rau, III, n° 288 bis, 4°.

(3) Cass. 27 avril 1880. S. 80. 1. 360.

liénabilité doivent être interprétées de la façon la plus restrictive.

Nous allons voir, en effet, que la Cour de cassation n'admet aucune extension de la faculté qui a pu être donnée à la femme de disposer de son hypothèque légale dans certains cas particuliers.

Ainsi, après avoir posé d'une façon générale le principe que (1) :

« La clause d'un contrat de mariage qui donne à la femme dotale la faculté d'aliéner et hypothéquer ses biens dotaux, emporte la faculté d'aliéner ses meubles et ses immeubles et, par suite, de céder l'hypothèque légale qui est la garantie de la dot mobilière et immobilière » ;

La Cour suprême énonce successivement les règles suivantes :

La femme, autorisée par son contrat de mariage à renoncer à son hypothèque légale en faveur d'un acquéreur d'immeubles du mari ou à y subroger un créancier de ce dernier, ne pourra pas céder cette même hypothèque à un créancier personnel (2).

La femme, autorisée à aliéner ses immeubles dotaux, ne pourra pas cependant renoncer à son hypothèque légale en tant qu'elle garantit ses reprises dotales (3).

(1) Cass. 1^{er} juin 1853. S. V. 53. 730. — Bordeaux, 16 août 1853. S. V. 54. 2. 263.

(2) Cass. 19 novembre 1888. S. 1889. 4. 453.

(3) Cass. 4 juin 1886. J. P., p. 475.

La faculté réservée par la femme dotale dans son contrat de mariage de consentir toutes ventes, échanges, partages, licitations, compromis, transactions, restrictions et mainlevées d'hypothèques, n'emporte pas le droit pour elle de renoncer à son hypothèque légale, au profit d'un créancier du mari (1).

Nous trouvons bien dans ces différents arrêts, qui ne sont que des exemples, la confirmation des deux principes posés plus haut. Tous, d'ailleurs, ne visent que les biens dotaux ; il est bien évident que, les paraphernaux échappant à l'inaliénabilité, la femme pourra, avec l'autorisation de son mari ou celle de justice, renoncer à son hypothèque légale, en tant qu'elle garantit ses reprises paraphernales. Elle est, sous ce rapport, dans la situation de la femme séparée de biens.

Mais, en dehors de ces exceptions conventionnelles à l'inaliénabilité dotale, nous en trouvons d'autres inscrites dans le Code civil aux articles 1555, 1556, 1558.

Dans tous ces cas où la loi autorise l'aliénation des immeubles dotaux avec l'autorisation du mari ou de la justice, la jurisprudence permet formellement à la femme de les hypothéquer (2), et, *a fortiori*, de renoncer à l'hypothèque légale en tant qu'elle garantit leur restitution, ce qui est bien moins dangereux (3).

Enfin, et comme conséquence du principe que nous

(1) Lyon, 3 février 1883. S. 83. 2. 134.

(2) Limoges, 21 mars 1888. D. 89. 2. 111.

(3) Cass. 1^{er} avril 1845. S. 45. 1. 197.

avons posé plus haut, nous dirons que, toutes les fois qu'en dehors du régime dotal, l'inaliénabilité de certains biens de la femme aura été stipulée dans le contrat de mariage, celle-ci ne pourra, dans la même mesure, renoncer à son hypothèque légale.

Mais, la jurisprudence est constante pour déclarer que, le régime dotal étant un régime d'exception, l'inaliénabilité doit être prévue d'une façon expresse ; toute clause ambiguë devrait donc être interprétée dans le sens de l'aliénation. C'est ainsi, qu'à l'inverse de ce qui était admis autrefois, les clauses de remploi et de reprise d'apport franc et quitte ne sont plus considérées aujourd'hui comme emportant une inaliénabilité de l'hypothèque légale, à moins que cette conséquence n'ait été prévue d'une façon formelle (1).

(1) La Cour de cassation dans l'arrêt solennel du 8 juin 1858 (S. 58. 1. 417) a jugé en effet « que la clause qui impose au mari, s'il aliène les immeubles de sa femme, l'obligation d'un remploi accepté par elle,... ne présente ni une déclaration expresse de dotalité, comme le veut la loi, ni une stipulation qui puisse en tenir lieu ; qu'elle ne fait qu'assurer certaines garanties à la femme pour le cas d'une vente volontaire, mais qu'il n'en ressort pas nécessairement que ses biens immeubles se trouvent frappés de l'inaliénabilité dotale ».

La Cour suprême a également décidé le 14 juillet 1879 (S. 80. 1. 448) « que la clause par laquelle la femme est autorisée, pour le cas où elle renoncerait à la communauté, à reprendre ses apports en exemption de dettes et charges quelconques et par préférence à tous créanciers, quand même elle s'y serait obligée ou y aurait été condamnée solidairement avec son mari, a pu être interprétée souverainement par le juge du fait comme n'équivalant point à une stipulation de dotalité ; que celle-ci étant exorbitante du droit commun... suppose nécessaire-

En résumé, il résulte de tout ce que nous venons de dire que la capacité exigée de la femme pour renoncer à son hypothèque légale est celle du droit commun à son égard, celle que l'art. 217 exige d'elle pour tous les contrats.

A l'uniformité de cette règle, le régime dotal vient, comme toujours, apporter les exceptions qui lui sont propres. Le législateur n'a pu en prévoir toutes les conséquences ; c'est donc dans la jurisprudence qu'il faut chercher ces solutions ; elles résultent de principes assez constants pour qu'on puisse, avec leur aide, résoudre toutes les difficultés.

SECTION II

CONDITIONS DE FORME DE LA RENONCIATION.

§ 1. — Code civil.

On peut dire, qu'avant la loi du 23 mars 1855, la matière qui nous occupe n'avait pas encore eu les honneurs d'une législation ; le Code civil est muet sur la question des renonciations et subrogations à l'hypothèque légale de la femme mariée ; il n'a point défini ces conventions, dont le nom même n'apparaît pour la

ment une clause positive et formelle, manifestement opposable aux tiers ».

première fois que dans le décret du 28 février 1852 sur l'organisation des Sociétés de Crédit foncier. « C'est la
« pratique, disait M. Merlin dans son rapport au Sénat
« sur la loi de 1889 (1), qui en a conçu l'idée et qui l'a
« en quelque sorte inventée comme le seul moyen de
« rassurer les tiers contre les effets d'une hypothèque
« d'autant plus menaçante que, jusqu'au dernier jour,
« jusqu'à la dissolution de la société conjugale et à sa
« liquidation, les droits et les créances qu'elle garantit
« sont, en partie, ou peuvent être inconnus ou indé-
« terminés ».

Il ne faut donc pas s'étonner si, faute de texte législatif, les formes de la subrogation, à cette époque, n'étaient réglementées que par la pratique notariale confirmée par la jurisprudence. La plus grande tolérance devait forcément régner. Dans le silence de la loi, la doctrine et la jurisprudence avaient, en effet, été amenées à laisser à la femme mariée, régulièrement autorisée, une entière liberté. Sous le couvert de cette seule autorisation (2) et, en dehors, bien entendu, des exceptions propres au régime dotal, on lui permettait toutes les cessions, subrogations ou renonciations relatives à son hypothèque légale : les formes et l'étendue n'en étaient point réglementées.

Sur le point particulier qui nous occupe, on admettait communément que la renonciation au profit d'un

(1) *J. off.*, doc. parl. d'avril, 1888, p. 7.

(2) Paris, 29 juin 1812. S. V, 1813. 2. 5.

tiers-acquéreur pouvait être indifféremment expresse ou tacite, résulter du simple concours de la femme à l'acte de vente dans ce dernier cas (1), être contenue, soit dans un acte authentique, soit dans un acte sous-seing privé (2). Les formalités des art. 2144 et 2145 C. civ., relatives à la réduction ne s'appliquaient pas (3). Enfin, la renonciation bénéficiait de la dispense d'inscription attachée à l'hypothèque légale elle-même, ce qui excluait toute publicité, et la question de préférence entre bénéficiaires de renonciations se réglait uniquement d'après la date de l'acte (4).

Telles étaient les solutions admises par la doctrine et la jurisprudence.

Il n'est pas besoin d'examiner longuement un tel système pour en apercevoir les inconvénients : inconvénients pour la femme qui, en l'absence d'officier ministériel compétent pour l'éclairer sur les effets de sa signature, consentait à la légère des renonciations dont elle ne pouvait prévoir les suites : inconvénients pour les tiers auxquels le défaut de publicité ne permettait pas de se prémunir contre les fraudes. La partie était belle alors pour les maris peu scrupuleux et ce fut peut-être la seule époque où l'on put commettre aisément le crime de stellionat qui semble, avec les lois

(1) Lyon, 15 mai 1847. S. V. 48. 2. 230.

(2) Lyon, 28 août 1857. S. V. 57. 2. 671.

(3) Metz, 13 juillet 1820. S. V. 21. 2. 176.

(4) Cass. 13 novembre 1857. S. V. 55. 1. 193.

actuelles, si inutilement prévu et réprimé par le Code pénal.

Les vices d'un tel système n'échappaient pas, d'ailleurs, au législateur, mais ils étaient la conséquence des défauts du régime hypothécaire tout entier, et il fallait attendre la réforme générale pour y trouver un remède.

§ 2. — **Loi de 1855.**

Après plusieurs tentatives de réformes hypothécaires qui se succédèrent pendant la monarchie de juillet et la seconde République, pour échouer en 1851, la loi du 23 mars 1855 vint enfin réaliser le progrès attendu ; cette loi, qui constitue un des monuments législatifs les plus importants élaborés depuis la promulgation du Code civil, n'a pas trait seulement à la question qui nous occupe ; c'est une loi d'intérêt général qui a transformé, en établissant la transcription, toute la matière des aliénations immobilières. Un seul article parmi les 12 qui la composent trouvera place dans cette étude : c'est l'article 9 qui est ainsi conçu : « Dans les cas
« ou les femmes peuvent céder leur hypothèque légale
« ou y renoncer, cette cession ou cette renonciation doit
« être faite par acte authentique et les cessionnaires
« n'en sont saisis à l'égard des tiers que par l'inscription de cette hypothèque prise à leur profit ou par la

« mention de la subrogation en marge de l'inscription
« préexistante ».

Au point de vue des conditions de forme de la renonciation, qui font l'objet du présent chapitre, la loi de 1895 a donc innové sur deux points très importants : elle a posé dans des termes généraux les principes de l'authenticité et de la publicité des actes de renonciation ou de subrogation à l'hypothèque légale.

Nous ne ferons qu'indiquer rapidement les caractères de ces deux mesures dont l'examen approfondi trouvera sa place dans l'étude de la loi de 1889.

La loi de 1855 exigeait, d'abord, l'authenticité de l'acte de renonciation ou de subrogation, mesure que nous trouverons reproduite dans l'article 2 de la loi de 1889 pour le cas particulier qui nous occupe.

Cette authenticité était exigée, le fait n'est pas douteux, *ad solemnitatem*, c'est-à-dire que la renonciation ou la subrogation consentie par acte sous seing privé devait être considérée comme frappée d'une nullité absolue.

La loi de 1855 prescrivait en second lieu, dans l'intérêt des tiers, et c'était la mesure la plus impatiemment attendue, une publicité spéciale, faute de laquelle l'acte ne pouvait leur être opposable. Cette publicité consistait, dit l'article 9, dans l'inscription prise par les cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme, si elle n'était déjà inscrite, ou dans la mention, faite en marge

de l'inscription préexistante, de la subrogation consentie à leur profit.

Cette publicité avait pour but de prévenir tous les intéressés et de fixer l'ordre dans lequel ceux qui avaient obtenu des cessions ou des renonciations devaient exercer les droits hypothécaires de la femme.

Ainsi, la liberté laissée aux parties, avant 1855, de passer l'acte sous une forme quelconque, était supprimée ; les renonciations et les subrogations cessaient d'être occultes, et leur date même, qui servait autrefois à régler la question de préférence, n'avait plus d'importance désormais, le rang des cessionnaires devant résulter de la date de la publicité seule.

Toutes les autres solutions admises antérieurement à la loi restaient d'ailleurs intactes ; la femme restant libre comme par le passé de renoncer dans l'acte même d'aliénation ou par acte séparé, elle pouvait le faire soit expressément, soit tacitement, par le simple fait de son concours à la vente ou à l'obligation du mari.

La réforme désirée semblait donc accomplie définitivement. La loi n'était cependant pas promulguée depuis longtemps que son application donnait déjà lieu à des difficultés d'interprétation qui touchent au fond même de notre sujet.

On admettait, en effet, d'une façon unanime, que l'art. 9, dont nous avons reproduit plus haut les termes, s'appliquait bien aux subrogations consenties en faveur d'un créancier du mari ou de la femme : le mot cession-

naires employé par la loi ne pouvait laisser aucun doute à cet égard.

Mais, s'appliquait-il aussi aux renonciations faites au profit d'un acquéreur d'immeubles du mari ou de la communauté, ou bien ces actes continuaient-ils à être soumis au droit commun ?

Sur ce point encore, la grande majorité des auteurs (M. Mourlon faisait peut-être seule exception) s'accordaient pour dire que l'art. 9 s'appliquait certainement aux renonciations consenties par acte séparé, dont la publicité n'était possible qu'en observant les mesures prescrites par la nouvelle loi ; on admettait aussi généralement que les renonciations de nature translatives, nécessitées par la présence de créanciers hypothécaires postérieurs tombaient sous l'application de l'art. 9 comme étant de véritables subrogations (1). La question ne se posait donc, à vrai dire, que pour les renonciations uniquement extinctives, celles qui étaient consenties en l'absence de tout créancier hypothécaire et n'avaient d'autre intérêt pour l'acquéreur que d'éteindre le droit de suite de la femme sur l'immeuble vendu.

Il s'est élevé, à ce sujet, dès cette époque, dans la doctrine et dans la jurisprudence, une controverse qui

(1) Cette dernière distinction n'existait cependant pas chez certains auteurs, M. Pont, par exemple, qui, nous l'avons dit précédemment, ne reconnaissaient jamais à la renonciation au profit d'un acquéreur qu'un caractère translatif. Cf. p. 24.

n'était pas encore tranchée quand a paru la loi nouvelle de 1889, et dont l'étude trouve ici sa place. Les termes équivoques de l'art. 9 laissaient, en effet, planer un doute sur l'étendue de son champ d'application et les travaux préparatoires de la loi du 23 mars 1855 ne pouvaient donner à ce sujet que des indications très-vagues.

Les documents parlementaires relatifs aux premières tentatives de réforme antérieures à 1851, et le rapport même de M. de Belleyne sont très-laconiques sur ce point. L'art. 11 du premier projet élaboré par le Conseil d'Etat semblait avoir surtout prévu la question des subrogations à l'hypothèque légale, mais, nous n'avons qu'une raison étrangère à notre sujet de la modification apportée à sa rédaction par l'art. 9 définitif dont les termes sont plus généraux (1). Cet article fut d'ailleurs voté, comme plusieurs autres, sans discussion, et les comptes rendus des séances législatives ne peuvent nous fournir aucun renseignement.

Le champ était donc laissé libre à la doctrine et à la jurisprudence, et tous les auteurs qui ont écrit sur la matière dans la période intermédiaire entre 1855 et 1889 se sont préoccupés de résoudre la question.

Beaucoup d'auteurs, parmi lesquels MM. Aubry et Rau et M. Bertauld, se déclarèrent partisans de l'ap-

(1) *Infra*, p. 43.

(2) Aubry et Rau, III, 288 bis et note 18.

plication des formalités de l'art. 9 aux renonciations extinctives consenties expressément ou tacitement en faveur de tiers-acquéreurs. « Les renonciations ou subrogations tacites à l'hypothèque légale, disaient MM. Aubry et Rau, ne deviennent, comme les expresses, efficaces à l'égard des tiers que du jour où elles ont été rendues publiques dans la forme prescrite: il en est ainsi même de la renonciation que produit au profit de l'acquéreur d'immeubles vendus par le mari, le concours de la femme à l'acte de vente... Le caractère plus particulier et les effets plus restreints de cette renonciation ne sauraient, à notre avis, être un motif pour la dispenser vis-à-vis des tiers des conditions de publicité prescrites par l'art. 9 de la loi de 1855. La disposition de cet article est générale et embrasse toutes les renonciations susceptibles de présenter à un degré plus ou moins élevé les dangers que le législateur a voulu écarter. Or, n'est-il pas évident que les créanciers auxquels la femme viendrait offrir la garantie de son hypothèque légale, après y avoir elle-même renoncé en faveur des acquéreurs des immeubles du mari, seraient exposés à être trompés, si de pareilles renonciations leur étaient opposables sans avoir été rendues publiques? Et la possibilité d'un tel résultat n'est-elle pas en opposition avec l'esprit et le but de la loi? »

Les partisans de cette première opinion invoquaient donc d'abord à l'appui de leur doctrine la généralité des termes de l'art. 9. L'expression « dans les cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque ou y renoncer » embrassait, à leur avis, toutes les hypothèses de cessions ou de renonciations, et l'emploi de cette formule générale avait dispensé le législateur d'une énumération. Ce n'est pas sans raison, disaient-ils, que la commission a modifié les termes du projet primitif qui portait, dans son article 11, ces mots : « Les femmes ne peuvent céder leurs droits à l'hypothèque légale ou y renoncer que par acte authentique, et les cessionnaires n'en sont saisis à l'égard des tiers, etc... » pour les remplacer par la rédaction actuelle beaucoup plus générale ; et ils interprétaient ainsi, dans le sens de leur théorie, une modification introduite simplement, d'après l'exposé des motifs, dans le but de laisser intacte la question de capacité de la femme.

MM. Aubry et Rau et Bertauld invoquaient aussi le caractère impératif de la loi qui avait prescrit un mode de publicité spécial, et n'admettaient point qu'on pût supprimer celle-ci, ni même la remplacer par d'autres formalités. Ils repoussaient, en vertu de ce principe, la solution de certains de leurs adversaires qui, nous le verrons plus loin (1), prétendaient suppléer à l'inscription de l'art. 9 par la transcription de l'acte d'aliénation.

(1) *Infra*, p. 5.

Ce mode de publicité leur paraissait insuffisant dans tous les cas vis-à-vis des tiers, soit parce qu'il n'indiquait pas, d'une façon suffisamment explicite, la renonciation contenue dans l'acte d'aliénation, surtout lorsqu'elle était tacite, soit parce qu'il était nécessairement muet sur la renonciation consentie par acte séparé. Aussi bien, les partisans de la non-application de l'art. 9 admettaient par exception les formalités de l'inscription ou de la mention dans cette dernière hypothèse et M. Bertauld arguait de cette concession même pour leur reprocher de torturer le texte en faisant des distinctions.

Enfin le principe de l'authenticité exigée *ad solemnitatem* devait toujours, d'après MM. Aubry et Rau, s'appliquer indépendamment de toute considération relative aux bénéficiaires de la renonciation, attendu qu'il avait été posé surtout dans l'intérêt de la femme. « Quant à la condition d'authenticité, disaient ces auteurs (1), elle est exigée dans l'intérêt de la femme « aussi bien que dans celui des tiers. On doit en conclure que la nullité résultant de l'inobservation de « cette condition peut être proposée par cette dernière « ou par ses créanciers chirographaires, peu importe « qu'elle se soit ou non personnellement engagée envers le tiers au profit duquel est intervenue la renon- « ciation ».

(1) Aubry et Rau, III, 288 bis. Cf. Douai, 22 décembre 1887. S. 89. 2. 78.

En résumé, les partisans de ce premier système exigeaient, à peine de nullité, l'application des deux règles posées par l'art. 9 : authenticité d'une part, publicité par l'inscription ou la mention en marge de l'inscription, d'autre part.

La Cour de cassation, qui n'a eu, du reste, que deux fois l'occasion de se prononcer sur ce sujet dans la période intermédiaire entre 1855 et 1889, s'était rangée à l'opinion de MM. Aubry et Rau.

Dans son arrêt du 26 août 1866 (1), la Cour suprême, sur la question de la publicité, déclarait en effet : « Que l'acquéreur d'un immeuble du mari se trouve, vis-à-vis des autres cessionnaires de l'hypothèque légale, dans la situation textuellement prévue par l'art. 9 ; que la renonciation dont il ne réclame et ne peut réclamer le bénéfice au regard des créanciers du vendeur que comme l'ayant saisi des droits hypothécaires de la femme, n'est point, à défaut, soit d'une inscription, soit des formalités de la purge, opposable aux cessionnaires dont les subrogations ultérieures ont été régulièrement inscrites conformément à ladite disposition ; qu'en effet, le mode de publicité dont cette même disposition détermine la forme et l'ef-

(1) D. 1867. 4. 49. Depuis cet arrêt et celui du 22 nov. 1880 dont il sera question plus loin, la Cour de cassation a complètement modifié sa jurisprudence dans un arrêt du 3 mai 1890 qui n'a plus qu'un intérêt historique. (Cf. p. 88).

ficacité comme étant les seules propres à avertir les tiers des cessions ou renonciations par lesquelles la femme aurait disposé de son hypothèque légale, et à régler l'ordre dans lequel ceux qui auraient obtenu de telles cessions ou renonciations exerceront les droits hypothécaires de la femme, ne saurait être utilement suppléé par un autre mode ayant un tout autre objet et spécialement par la transcription du contrat de vente où la femme intervenante aurait déclaré se désister, au profit de l'acquéreur, de son hypothèque sur l'immeuble vendu ».

Sur la question d'authenticité, la Chambre des Requêtes, dans son arrêt du 22 novembre 1880, décidait dans le même sens que « les termes de l'art. 9 de la loi de 1855 sont impératifs et ont pour effet de donner à l'acte par lequel la femme renonce à son hypothèque légale ou la cède, le caractère d'un acte solennel, conséquemment nul quand il se produit en dehors des formes prescrites ; que si la publicité de la cession par l'inscription ultérieurement prise a pour but de protéger les tiers contre les dangers de subrogations clandestines, l'authenticité exigée par la loi est aussi destinée à protéger la femme contre les abus de l'autorité maritale ; que, dès lors, on ne saurait refuser à celle-ci le droit d'exciper du non-accomplissement d'une formalité établie pour sa propre défense, etc. »

(1) S. 81. 1. 473.

Cette théorie, malgré les raisons puissantes qui militaient en sa faveur et le respect qu'elle avait de la loi, présentait dans la pratique de sérieux inconvénients. La formalité de l'inscription exigée par l'art. 9 était loin d'être aussi simple qu'elle le paraissait au premier abord ; elle entraînait des frais et des lenteurs considérables, un renouvellement décennal dont une seule omission suffisait à faire perdre à l'acquéreur le bénéfice de toutes ses précautions ; sa radiation nécessitait les formalités sans fin des art. 2193 et s. Code civil. « En résumé, dit M. Tissier (1), elle aboutissait à ce « résultat, que l'acquéreur d'un immeuble grevé de « l'hypothèque légale de la femme ne pouvait en obtenir l'extinction sans procéder à la purge.... C'était « aboutir à l'impossibilité d'éteindre, par une renonciation, l'hypothèque légale de la femme du vendeur : « un pareil résultat était désastreux pour les ventes « d'immeubles de peu d'importance ».

Aussi la doctrine de MM. Aubry et Rau et de la Cour de cassation était-elle sérieusement battue en brèche d'un côté par les acquéreurs et les notaires, qui se refusaient en pratique à l'application de l'article 9, d'un autre côté par des auteurs d'une grande autorité, et enfin par la jurisprudence même des Cours d'appel qui s'insurgeaient contre l'arrêt de 1866.

Dans ce deuxième système, l'application de l'article 9

(1) *Rev. crit.*, 1889, p. 633.

était unanimement écartée; mais, réunis sur ce premier principe, les partisans de cette théorie, MM. Mourlon et Pont en tête, n'étaient cependant pas d'accord sur ses conséquences.

M. Mourlon (1) admettait d'abord l'application de l'article 9 aux renonciations translatives destinées à transmettre à l'acquéreur un droit de préférence opposable aux créanciers hypothécaires postérieurs à la femme. « Deux droits, disait-il, ont été transmis à l'acquéreur, l'un du chef du vendeur, la propriété de l'immeuble, l'autre du chef de la femme du vendeur, l'hypothèque dont elle est investie. Chaque transmission a sa publicité propre (articles 1 et 9 de la loi de 1855), dès lors l'acquéreur ne peut être complètement à couvert que s'il a satisfait à la double prescription de la loi. » Mais, dès qu'on se trouvait en présence d'une renonciation purement extinctive, n'ayant pour but que l'abdication du droit de suite de la femme, M. Mourlon repoussait toute application de l'article 9; bien plus, il n'admettait même pas la publicité de la renonciation par la transcription de l'acte de vente. « La renonciation, disait-il, constitue alors une véritable et bien réelle extinction, puisqu'elle n'a d'autre objet que d'affranchir l'acquéreur du fardeau de la purge. Or comment inscrire une hypothèque éteinte? Combien ne serait-il pas étrange de voir

(1) Transcription, II, 4108.

« l'acquéreur prendre, au nom d'un tiers, une inscrip-
« tion hypothécaire sur un immeuble qu'il a voulu
« acquérir et qu'il a réellement acquis libre et franc de
« toute hypothèque? Cette inscription, si elle était
« obligatoire, serait d'ailleurs complètement destruc-
« tive de la renonciation, parce qu'elle aurait pour
« effet de rendre nécessaire ou, au moins, très utile
« la purge que la renonciation a eu pour résultat
« d'écarter »..... Le principe, ajoutait-il, est absolu :
« les renonciations extinctives de l'hypothèque échap-
« pant au régime nouveau, on est forcé d'en conclure
« qu'elles ont leur effet, même au regard des tiers,
« dès qu'elles sont parfaites entre les parties qui les
« ont stipulées et consenties. »

Cette théorie, très logique avec elle-même d'un bout à l'autre, avait le tort grave d'être absolue et de faire renaître toutes les difficultés existantes avant la loi de 1855 : inconvénients du défaut d'authenticité pour la femme, inconvénients du défaut de publicité pour les tiers, etc...

Aussi M. P. Pont, dans son traité des privilèges et des hypothèques, proposait-il, en l'absence des formalités de l'art. 9, de rendre publique la renonciation contenue dans l'acte de vente par la transcription de ce dernier acte, transcription établie, elle aussi, par la loi de 1855.

« La renonciation en faveur d'un acquéreur, disait

« M. Pont, est purement extinctive (nous avons vu, en
« effet, dans notre introduction, que M. Pont (1) ne lui
« reconnaissait jamais le caractère d'acte translatif),
« cela suffit pour écarter la nécessité d'une inscription
« ou d'une mention spéciale, laquelle a bien pu être
« exigée pour des cessions ou des renonciations trans-
« latives, mais ne l'a pas été et n'a pas pu l'être pour
« l'extinction d'hypothèque résultant du concours de la
« femme à la vente de l'immeuble grevé. Ici la purge
« de l'hypothèque est complète par la renonciation
« même et, dès que l'acte de vente dans lequel est in-
« tervenue la renonciation extinctive a été transcrit (et
« il peut l'être même quand la vente est consentie par
« acte sous seing privé, de tels actes étant admis à la
« transcription), le tiers acquéreur n'a plus rien à
« craindre, quant à l'immeuble, des subrogations ulté-
« rieures que la femme pourrait consentir à son hypo-
« thèque légale. Les tiers, en effet, sont suffisamment
« avertis par le registre des transcriptions qui leur fait
« connaître la vente avec toutes les conditions du con-
« trat; ils savent que la femme ne peut pas leur céder
« les droits qu'elle n'a plus elle-même et si, malgré
« cet avertissement, ils acceptaient une subrogation, il
« y aurait, de leur part, une imprudence dont ils ne
« pourraient pas se faire relever en excipant contre le

(1) *Priv. et hyp.* I, n° 483.

« tiers-enquêteur de ce qu'il n'aurait pas requis inscription en son nom ou en celui de la femme sur l'immeuble par lui acquis ou sur les autres immeubles du mari. »

Cette théorie avait été adoptée par la Cour de Dijon dans ses arrêts du 4 août 1880 et du 6 février 1889.

L'art. 9, disait en substance, l'arrêt du 4 août 1880 (1), ne s'applique qu'aux cessionnaires dont l'inscription a pour but de déterminer l'ordre dans lequel ils doivent exercer les droits de la femme ; l'acquéreur n'ayant pas de droits à conserver ni à exercer, n'a pas d'inscription à prendre ; quant aux tiers, ils sont suffisamment prévenus par l'acte de transcription de l'aliénation qui mentionne soit la renonciation expresse, soit le concours de la femme ; le législateur n'a donc certainement pas voulu exiger dans leur intérêt les formalités onéreuses de l'inscription et de l'authenticité ; et la Cour de Dijon empruntait, d'autre part, à M. Mourlon, son argument relatif à la purge que nécessiterait la prise d'une inscription, pour écarter définitivement l'application de l'art. 9.

Tout en arrivant à la même conclusion pratique, l'arrêt du 6 février 1889 (2) invoquait à l'appui de sa théorie, un argument d'un ordre tout différent. Cet argument avait été, du reste, indiqué par M. Bufnoir dans une note d'un grand intérêt, placée sous l'arrêt de la

(1) D. 1880. 2. 241.

(2) S. 1889. 2. 78.

Chambre des Requêtes du 22 novembre 1880, dont il est question plus haut (1).

Il consiste « à considérer l'acquéreur d'un immeuble grevé de l'hypothèque légale de la femme comme un tiers autorisé par l'art. 9 à méconnaître toute cession de cette hypothèque non publiée avant la transcription de son titre d'acquisition ».

« En se plaçant à ce point de vue, ajoutait M. Buf-
« noir, on peut dire que la question sur laquelle on a
« tant discuté, ne se présente même plus ; il ne saurait
« être question de conflit entre la renonciation faite au
« profit de l'acquéreur, et une subrogation consentie à
« un autre, quand le subrogé n'a pas donné à son droit
« la publicité prescrite avant la transcription de l'acte
« qui a investi l'acquéreur de la propriété. Pour ce
« dernier, toute inscription de l'hypothèque légale au
« profit d'un tiers subrogé, survenue depuis la trans-
« cription de son titre, est inopérante et dépourvue de
« toute efficacité. »

Il semble bien que la Cour de Dijon s'était inspirée, neuf ans plus tard, de cette théorie. En effet, disait l'arrêt en question, l'article 9 n'a trait qu'au droit de préférence, il n'a pour but que de régler l'ordre entre les cessionnaires de l'hypothèque légale ; il n'a pas trait à l'extinction du droit de suite de la femme qui est seul en question dans une renonciation extinctive au profit

(1) S. 1881. 4. 473.

d'un acquéreur..... « Aucune autre loi n'ayant réglé les rapports d'un créancier subrogé dans l'hypothèque légale d'une femme mariée avec l'acquéreur d'un immeuble que ladite femme lui a vendu, c'est le droit commun qu'il faut lui appliquer, le droit commun qui ne permet pas à un créancier hypothécaire soumis à la nécessité d'une inscription d'atteindre un tiers détenteur que protège une transcription antérieure à cette inscription. »

Le créancier subrogé ne pourrait donc pas de son propre chef venir prendre une inscription sur un immeuble sorti du patrimoine de son débiteur au préjudice d'un tiers que protège déjà la transcription de l'acte d'aliénation.

L'arrêt du 6 février 1889 ajoutait ensuite très justement que le créancier subrogé, ainsi privé du droit d'agir en son nom propre contre l'acquéreur, ne pourrait pas non plus agir du chef de la femme. « Considérant, disait la Cour, que le loi de 1855, art. 9, a eu précisément pour résultat de soumettre à la nécessité d'une inscription le créancier subrogé dans l'hypothèque légale de la femme mariée, et, qu'en exigeant de plus un acte authentique pour en investir ce créancier, la loi susvisée n'a fait qu'étendre à l'hypothèque légale de la femme, quand c'est un tiers qui en bénéficie, le régime commun à toutes les autres hypothèques ; donc, pas plus que celles-ci, elle ne peut grever un immeuble

sorti du patrimoine du débiteur et qu'une transcription antérieure à l'inscription de la subrogation a mis hors de ses atteintes. »

En résumé, le fait, par le créancier subrogé, d'avoir inscrit sa subrogation avant l'acquéreur lui permettait bien de primer ce dernier dans l'ordre si l'on se trouvait en présence d'une renonciation translatrice, mais, au cas d'une renonciation extinctive, il ne lui aurait jamais permis d'exercer le droit de suite de la femme sur un immeuble sorti du patrimoine du mari et dont l'acquéreur était déjà protégé par la transcription.

« Ce point de vue une fois admis, concluait M. Bufnoir, et il nous serait impossible de ne pas l'admettre, la question de savoir si la publicité prescrite par l'art. 9 de la loi de 1855 est exigée au cas de la renonciation purement extinctive de l'hypothèque de la femme consentie à un acquéreur, se trouve tranchée dans le sens de la négative, ou plutôt elle disparaît pratiquement ».

On a cependant adressé au système de M. Bufnoir et de l'arrêt de 1889 une critique qu'il est intéressant de mentionner ici : « On peut contester, a-t-on dit (1), l'exactitude de cette idée que, sous la loi de 1855, l'inscription survenue depuis la transcription est inopérante et dépourvue de toute efficacité. En somme, la

(1) Tissier, *Rev. crit.*, 1889, p. 634.

« femme a conservé son hypothèque avec le bénéfice
« de la dispense d'inscription, et c'est là un avantage
« et une prérogative dont les cessionnaires peuvent,
« semble-t-il, se prévaloir, sinon pour l'avenir, du
« moins pour le passé, comme elle aurait pu le faire
« elle-même.

« Sans doute ce bénéfice lui est personnel ; mais, au
« moment où elle cède son hypothèque elle la cède
« avec tous ses avantages ; si le cessionnaire peut
« venir, grâce à la subrogation, avant des créanciers
« antérieurement inscrits, pourquoi ne pourrait-il pas
« aussi bien s'inscrire à l'encontre du tiers acquéreur
« qui a déjà transcrit ? On dit que les cessionnaires ne
« peuvent pas exercer de droits propres contre ce der-
« nier, qu'ils ne peuvent que faire valoir ceux de la
« femme dans la mesure où elle le pourrait elle-même ;
« c'est là une solution qui ne nous paraît pas découler
« bien nettement de la combinaison des art. 3, 6 et 9
« de la loi de 1855. De ce qu'après la transcription de
« la vente, il ne peut être inscrit d'hypothèques du
« chef du vendeur, il ne résulte pas que cette formalité
« empêche en quoi que ce soit la cession et l'ins-
« cription par le cessionnaire de l'hypothèque légale de
« la femme de ce vendeur ».

Cette critique ne nous semble pas exacte. En effet, son auteur semble assimiler entièrement ici la situation des créanciers inscrits sur l'immeuble et celle du tiers

acquéreur. Il nous semble, au contraire, qu'il y a là une différence sensible.

Les créanciers, lorsqu'ils se sont fait consentir une hypothèque sur l'immeuble du mari, savaient fort bien que celui-ci était déjà grevé de l'hypothèque de la femme. Ils ont donc fait leur calcul en conséquence. Quel inconvénient peut-il y avoir ensuite pour eux à voir exercer cette hypothèque par Pierre ou par Paul ? Que la femme l'exerce de son chef, ou qu'un subrogé l'exerce à sa place, les créanciers verront toujours se placer en tête de l'ordre une collocation dont ils ont prévu l'importance ; peu leur importe donc son bénéficiaire.

Toute autre est la situation de l'acquéreur ; celui-ci, après avoir transcrit l'acte de vente, a pu se croire en sûreté. L'art. 1 de la loi de 1855 le lui garantissait, et il n'a pas songé un instant qu'après la transcription, des créanciers de son vendeur pourraient venir prétendre des droits sur un immeuble sorti du patrimoine de ce dernier en invoquant une hypothèque qu'on croyait éteinte. Le préjudice serait donc considérable pour lui ; la subrogation n'en cause au contraire aucun aux créanciers hypothécaires.

C'est dans cette confusion qu'est, à notre avis, le point faible de la critique de M. Tissier.

Ayant ainsi repoussé l'application de l'art. 9 aux renonciations extinctives qui ne comportent que la trans-

cription, M. Bufnoir indique en quelques mots les bases d'un troisième système fondé sur la distinction des deux mesures d'authenticité et de publicité. On admettrait alors dans tous les cas le principe de l'authenticité, aussi nécessaire pour la femme quand elle renonce à son hypothèque en faveur d'un acquéreur, que quand elle y subroge un créancier ; la publicité de l'art. 9, au contraire, ne s'appliquerait qu'aux renonciations translatives, les renonciations extinctives se trouvant suffisamment révélées par la transcription. Le texte, dit M. Bufnoir, ne répugnerait pas à cette interprétation dont la raison s'accommoderait aisément.

L'auteur prend, d'ailleurs, soin d'indiquer lui-même les objections que soulèverait cette théorie. Le principe de l'authenticité ne s'appliquant qu'à la renonciation contenue dans l'acte de vente, rien ne s'opposerait, en effet, à ce que la femme renoncât tacitement à son hypothèque légale en se portant garante de la vente par un acte séparé sous seing privé ; pourquoi donc l'obliger à des formalités pour faire directement ce qu'elle peut faire librement indirectement ? Dès lors, la jurisprudence, considérant l'intention que semble révéler chez les parties les formes des actes de renonciation, serait légitimement portée à interpréter ceux-ci *potius ut valeant quam ut pereant* et à considérer comme une renonciation extinctive valable, la renonciation que le manque d'authenticité ne pourrait permettre d'admettre comme translatif.

Une telle tolérance n'aurait rien d'antijuridique, et on pourrait invoquer en sa faveur des antécédents puissants. Le législateur romain a-t-il agi autrement quand il a admis comme legs *per damnationem* le legs *per vindicationem* nul pour défaut de formes ? et le Code de commerce n'accorde-t-il pas encore aujourd'hui la valeur d'une promesse à la lettre de change ou au billet à ordre souscrits contrairement aux règles des articles 110 et 188 du C. com. ?

Ces dernières observations, qui ont, il est vrai, surtout un intérêt théorique, militeraient encore en faveur de la non-application de l'article 9.

C'est, d'ailleurs, l'opinion à laquelle nous nous rangerons pour donner une conclusion à cette trop longue discussion.

Aussi bien, était-ce la solution la plus en faveur avant 1889, celle que la dernière loi est venue consacrer. On peut même dire qu'en l'absence de celle-ci, c'eût été le système définitif de la jurisprudence.

La Cour de cassation, en effet, après s'être par deux fois prononcée en faveur de l'application de l'art. 9, en 1866 et en 1880, a complètement réformé, depuis, sa jurisprudence.

Son arrêt du 5 mai 1890, intervenant dans un procès pendant au moment de la promulgation de la nouvelle

(1) S. 1890. 4. 392. Cassant un arrêt de la Cour de Douai du 22 déc. 1887 (S. 1889. 2. 78). — Cf. Orléans, 34, S. 94. 2. 274.

loi, a nettement consacré la doctrine de la Cour de Dijon. « Les formalités de l'art. 9, dit la Cour suprême, « ne s'appliquent qu'aux renonciations translatives ; les « renonciations extinctives ne sont soumises à aucune « autre formalité que celle de la transcription ; si la loi « de 1889, dont le but a été de mettre fin sur ce point « à toute controverse, contient en ce sens une disposi- « tion expresse, elle n'a point innové dans cette me- « sure, mais consacré la doctrine généralement suivie « dans la pratique tout en la complétant par des dis- « positions accessoires »,

N'oublions pas cependant que cet arrêt n'a plus maintenant qu'un intérêt historique ; lorsqu'il est intervenu, l'opinion publique s'était déjà depuis longtemps émue des difficultés que nous avons examinées et avait réclamé à maintes reprises la solution législative apportée enfin en 1889.

Un exposé sommaire de ces réclamations et des tentatives qui les ont suivies nous conduira à l'étude de la loi nouvelle.

§ III. — Loi du 13 Février 1889.

Une première pétition présentée aux Chambres en 1862 fut écartée sans discussion par le Sénat, sur la demande du rapporteur, M. de Casabianca, qui soutint que l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 n'avait jamais eu

trait aux renonciations extinctives au profit d'un acquéreur et qu'une loi n'était pas nécessaire pour les soumettre au droit commun.

Mais, en 1881, les chambres des notaires, émues des difficultés que suscitaient les variations de la jurisprudence, reprirent la même idée et présentèrent une seconde pétition dans laquelle ils demandaient que la transcription de l'acte d'aliénation emportât l'extinction de l'hypothèque légale *erga omnes* et que la renonciation consentie par acte séparé ne devint opposable aux tiers qu'après une mention en marge de la transcription.

Cette pétition eut plus de succès que la première, et, le 7 décembre 1881, le gouvernement déposa un projet de loi favorable aux réclamations du notariat (1).

La commission nommée par la Chambre pour examiner ce projet l'admit en principe, en y ajoutant seulement la nécessité de l'authenticité des aliénations consenties par acte séparé ; mais la fin de la législature 1881-1885 arriva avant le vote de la loi.

Le projet ne fut cependant pas abandonné et le gouvernement le reprit de nouveau en 1885 (2). La Chambre y ajouta le principe de la nécessité d'un acte authentique dans tous les cas, et une disposition en vertu de laquelle la renonciation tacite résultait du simple

(1) J. off. 1881. *Annexes de la Chambre*, 138.

(2) J. off. 1886. *Annexes de la Chambre*, 406.

concours de la femme à l'acte de vente. Après ces modifications, le projet fut voté en 1886 (1).

Son passage au Sénat souleva de très vives discussions ; le principe de l'authenticité, d'abord écarté, fut rétabli sur la demande de M. Léon Renault, et malgré l'opposition de M. Léon Clément, enfin M. Lisbonne fit voter un amendement qui déterminait limitativement les actes dont devait résulter la renonciation tacite et la loi fut définitivement votée pour être promulguée le 13 février 1889, dans les termes suivants :

LOI DES 13-15 FÉVRIER 1889 SUR LES RENONCIATIONS A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME AU PROFIT DES TIERS ACQUÉREURS.

« Article unique. — *Il sera ajouté à l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 une disposition ainsi conçue :*

« *La renonciation par la femme à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur, d'immeubles grevés de cette hypothèque, en emporte l'extinction et vaut purge à partir, soit de la transcription de l'acte d'aliénation, si la renonciation y est contenue, soit de la mention faite en marge de la transcription de l'acte d'aliénation, si la renonciation a été consentie par acte authentique distinct.*

« *Dans tous les cas, cette renonciation n'est va-*

(1) J. off. 1886. Annexes de la Chambre, 583.

lable et ne produit les effets ci-dessus que si elle est contenue dans un acte authentique.

« En l'absence de stipulation expresse, la renonciation par la femme à son hypothèque légale ne pourra résulter de son concours à l'acte d'aliénation que si elle stipule soit comme covenderesse, soit comme garante ou caution de son mari.

« Toutefois la femme conserve son droit de préférence sur le prix, mais sans pouvoir répéter contre l'acquéreur le prix ou la partie du prix par lui payés de son consentement et sans préjudice du droit des autres créanciers hypothécaires.

« Le concours ou le consentement donné par la femme, soit à un acte d'aliénation contenant quittance totale ou partielle du prix, soit à l'acte ultérieur de quittance totale ou partielle du prix, emporte, même à due concurrence, subrogation à l'hypothèque légale sur l'immeuble vendu, au profit de l'acquéreur, vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs en rang : mais cette subrogation ne pourra préjudicier aux tiers qui deviendraient cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme sur d'autres immeubles du mari, à moins que l'acquéreur ne se soit conformé aux prescriptions du paragraphe premier du présent article.

« Les dispositions qui précèdent sont applicables à la Guadeloupe, à la Martinique et à la Réunion ».

Les dispositions de la loi nouvelle qui se rapportent aux conditions de validité de la renonciation peuvent se ramener à trois :

Les deux premières se rapportent à la validité de la convention *erga omnes* : à ce point de vue la loi exige d'abord, dans tous les cas, la nécessité de l'authenticité de l'acte qui contient la renonciation.

Elle règle ensuite la façon dont doit se manifester le consentement de la femme ; sa renonciation peut être expresse ou tacite mais dans ce dernier cas elle ne peut résulter que de certaines circonstances déterminées.

Enfin une troisième et dernière condition est nécessaire pour la validité de la renonciation à l'égard des tiers : c'est la publicité, que la loi a organisée, selon le vœu général, au moyen de la transcription, mettant ainsi un terme aux controverses que nous avons rapportées plus haut.

Nous devons examiner successivement ces trois conditions.

A. — *Authenticité.*

Le principe de la nécessité d'un acte authentique est le seul qui soit passé à peu près intact de la loi de 1855 dans celle de 1889.

« Dans les cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque ou y renoncer, disait la loi de 1855, cette

cession ou cette renonciation doit être faite par acte authentique. »

« Dans tous les cas, répète le législateur de 1889, cette renonciation n'est valable et ne produit les effets ci-dessus que si elle est contenue dans un acte authentique ».

La loi nouvelle n'a donc fait que reprendre, en lui donnant un caractère plus impératif et plus général, le principe déjà posé par la loi ancienne.

Nous avons vu qu'un des points de la controverse élevée sous l'empire de cette dernière loi portait sur la nécessité de l'acte authentique pour la renonciation au profit d'un acquéreur. La question est maintenant définitivement tranchée dans le sens où s'était prononcée la Cour de cassation en 1880.

Bien plus, le législateur, ne voulant plus laisser planer aucun doute sur cette première condition, a employé une formule qui exclut désormais toute difficulté « dans tous les cas », dit la loi. Dans tous les cas, par conséquent, la renonciation devra revêtir la forme authentique, qu'elle soit expresse ou tacite, contenue dans l'acte d'aliénation ou dans un acte séparé.

Le principe de l'authenticité, pour être le plus ancien, n'en a pas moins été le plus discuté au cours des travaux préparatoires de la loi nouvelle. Tour à tour remis en question par la Chambre et le Sénat, il n'a été définitivement admis par ce dernier qu'à la suite d'une discussion très vive.

Les deux premiers projets de loi déposés par le gouvernement sur le bureau de la Chambre, en 1881 et en 1885, se prononçaient en faveur du principe de l'authenticité, mais l'un et l'autre n'exigeaient cette formalité que pour les renonciations consenties par acte séparé. La commission chargée par la Chambre d'examiner le projet de 1885, rejeta cette distinction, et, par l'organe de son rapporteur, M. Bernier, demanda à la Chambre de formuler d'un façon générale la nécessité de l'acte authentique. La rédaction proposée par la commission fut votée sans discussion le 27 mai 1886 (1).

La discussion fut, au contraire, très vive au Sénat. Le rapporteur de la loi, M. Merlin, après avoir exposé et réfuté les arguments qui militaient en faveur de l'authenticité se prononça nettement contre cette formalité et demanda au Sénat de retrancher du projet voté par la Chambre le mot « *authentique* ».

Soumettre les renonciations extinctives à l'authenticité, disait en substance M. Merlin, c'est se mettre en contradiction avec les principes généraux du droit. Certes, l'authenticité est exigée pour tous les actes générateurs d'hypothèques ainsi que pour ceux qui en constatent la transmission ; mais il n'y a pas ici de transmission ; la renonciation est simplement abdicative.

D'ailleurs, à qui profiterait cette formalité ? Ce n'est pas aux tiers puisque l'on peut transcrire les actes sous

(1) *J. off.* 1886. Annexes de la Chambre. 583.

(2) *J. off.* 1888. Annexes du Sénat. 37.

seing privé et que le projet de loi prescrit justement ce mode de publicité ; ce n'est pas non plus à la femme qu'on laisse contracter par acte sous seing privé des engagements bien plus dangereux qu'une renonciation ; quand bien même on exigerait ici l'authenticité, la renonciation consentie par acte sous seing privé et nulle comme telle, ne produirait-elle pas en tout cas une obligation personnelle en vertu de laquelle la femme se verrait, le cas échéant, forcée de laisser colloquer en sous-ordre, sur le prix de l'immeuble, l'acquéreur avec lequel elle a contracté ? Jamais elle ne pourrait inquiéter ce dernier après s'être portée garante de la vente, car, « qui doit garantie ne peut évincer ». La formalité de l'authenticité ne servirait donc à rien et elle aurait l'inconvénient d'être très onéreuse ; ici encore on ruinerait la femme à force de la protéger.

Les conclusions de ce rapport furent vivement critiquées, d'abord par M. Fallières, garde des Sceaux, puis par M. Léon Renault, qui déposa un amendement dans le sens de l'authenticité, et enfin par M. Trarieux qui le défendit devant le Sénat.

Le principe de l'authenticité, disaient les défenseurs de l'amendement, doit être énergiquement maintenu dans la nouvelle loi. Jugé nécessaire en 1855, il n'a pas cessé de l'être aujourd'hui, et s'il n'en a pas été question dans les pétitions déposées par les notaires, il faut l'attribuer à un scrupule très compréhensible de leur part. La nécessité de la forme authentique se fait sentir

très-impérieusement pour la femme. La présence d'un officier ministériel destiné à l'éclairer sur les conséquences d'un acte aussi grave doit être sa sauvegarde. Il est aisé de comprendre que, dans la pratique adoptée autrefois, avant la loi de 1855, le mari, bénéficiaire ordinaire des cessions ou renonciations consenties par sa femme, avait trop d'intérêt à écarter d'elle les conseils qui auraient pu lui ouvrir les yeux ; ainsi privée de toute assistance, la femme donnait le plus souvent sa signature sans connaissance de cause, et les désastres qui en résultaient plus tard pour son patrimoine étaient la conséquence ordinaire des renonciations faites par acte sous seing privé. Le législateur de 1855 avait si bien compris la nécessité de cette protection qu'il avait inscrit l'authenticité en tête des conditions de validité exigées pour les subrogations au profit des créanciers de la femme ou du mari. Son utilité n'est pas moindre dans l'hypothèse que doit régler la nouvelle loi ; la femme mérite d'être protégée aussi bien quand elle traite avec un acquéreur que quand elle contracte avec un créancier. Et, dans l'application de ce principe, toute distinction doit être évitée ; celle qui avait été proposée tout d'abord dans le projet de loi serait dangereuse au plus haut point. N'est-ce pas en effet une contradiction singulière d'exiger l'authenticité, quand la renonciation est consentie par acte séparé, et de l'en dispenser quand elle est contenue dans l'acte d'aliénation ? C'est dans ce dernier cas

surtout qu'il convient d'éclairer la femme sur les suites du concours qu'elle va donner, peut-être inconsciemment, à la vente : « Quand il s'agit d'une renonciation
« formelle, expresse, faisait remarquer M. Fallières,
« quand la femme sera obligée de prendre la plume et
« de dire : Je renonce à mon hypothèque légale, vous
« exigez d'elle un acte authentique. Et, quand la renonciation intervient dans un acte de vente, quand
« on y fera figurer la femme soit comme co-venderesse
« d'un immeuble qui ne lui appartient pas, soit comme
« garante d'un immeuble, qu'en réalité elle ne vend pas,
« ne trouvez-vous pas qu'elle mérite davantage d'être
« éclairée sur l'étendue de ses droits et sur l'importance des sacrifices qu'on va lui faire faire ? »

L'amendement de M. Léon Renault fut combattu très énergiquement, d'abord devant la commission qui le repoussa une première fois, puis, après son admission, devant le Sénat, par M. Léon Clément.

Il se fait annuellement, en France, disait-on, 80,000 ventes d'immeubles de 200 fr. et au-dessous et les frais d'un acte notarié sont au minimum de 20, 30 ou 40 fr. L'obligation de passer des ventes aussi minimes par acte authentique pour obtenir la renonciation de la femme du vendeur à son hypothèque légale grèverait donc ces aliénations de frais excessifs. On ne fait pas de difficultés, d'ailleurs, pour considérer un créancier hypothécaire ordinaire comme ayant valablement renoncé à son hypothèque lorsqu'il a concouru à l'acte

de vente sous seing privé passé par son débiteur, et on ne sait pas pourquoi il en serait autrement de l'hypothèque légale de la femme.

Malgré ces observations, l'amendement L. Renault fut voté par le Sénat, puis par la Chambre, au retour du projet, et il forme maintenant l'al. 2 de la loi.

Le principe de l'authenticité étant ainsi posé par le législateur, nous devons nous demander quelle en sera la sanction, ou, en d'autres termes, quels seraient les effets d'une renonciation contenue dans un acte sous seing privé.

Les termes de la loi ne peuvent laisser aucun doute à ce sujet, pas plus d'ailleurs que les travaux préparatoires. « Dans l'opinion des partisans de l'authenticité, » disait M. Merlin dans son rapport, l'inobservation de « cette formalité entraînera la nullité absolue de la renonciation, et, comme la solennité de l'acte est surtout exigée dans l'intérêt de la femme, la femme « devra avoir elle-même le droit de s'en prévaloir ».

La forme authentique est exigée ici non pas seulement *ad probationem* mais *ad solemnitatem* (1); la renonciation consentie par acte sous seing privé ne serait donc pas seulement annulable, elle serait radicalement nulle.

(1) De ce principe il résulte aussi que la procuration par laquelle la femme donnerait mandat à un tiers de consentir la renonciation en son nom devrait être faite dans la forme authentique. (Cf. C. civ. art. 36, 66, 933 et L. du 21 juin 1843).

On doit en conclure :

1° Que cette nullité n'est susceptible de se couvrir ni par une ratification expresse ni par la ratification tacite de l'art. 1304.

2° Qu'elle peut être proposée par tout le monde, et notamment par la femme elle-même.

La nullité de la renonciation ne pourra se couvrir par aucune ratification ou confirmation, c'est-à-dire qu'aucun évènement postérieur ne pourra venir effacer le vice initial de l'acte. C'est la règle générale pour tous les actes dans lesquels l'authenticité est exigée *ad solemnitatem*, et la loi n'y a apporté qu'une seule dérogation pour les donations, dans l'art. 1311.

Rien n'empêchera la femme, il est vrai, de réparer plus tard son erreur en confirmant sa renonciation par un acte authentique, mais celui-ci ne produira pas d'effet rétroactif, et la renonciation sera valable seulement à l'égard des tiers, à la date de sa transcription, sans préjudice des renonciations ou subrogations consenties par la femme dans l'intervalle.

Au lieu de confirmer par un acte authentique la renonciation consentie dans un acte sous seing privé, on admet généralement que la femme pourrait, dans le même but, déposer ce dernier au rang des minutes d'un notaire.

Il est unanimement reconnu aujourd'hui que ce dépôt confère à l'acte sous seing privé l'authenticité, et la jurisprudence a admis à plusieurs reprises qu'une

constitution d'hypothèque pouvait être faite dans cette forme (1).

La nullité pourra, en second lieu, comme toutes les nullités absolues, être proposée par tout le monde et notamment par la femme. C'était la solution indiquée déjà par la Cour de cassation dans l'arrêt du 22 novembre 1880, à une époque où la question pouvait encore être discutée ; elle ne peut plus l'être aujourd'hui.

L'authenticité a été exigée surtout pour le bien de la femme, et c'est à ses intérêts que l'inobservation de cette formalité portera en général préjudice ; il y aurait une contradiction évidente à établir en sa faveur une semblable mesure de garantie et à lui refuser le droit de se prévaloir de son inobservation. Les travaux préparatoires et le passage du rapport de M. Merlin cité plus haut, ne peuvent laisser aucun doute à ce sujet.

Enfin, conformément au droit commun, il convient d'ajouter qu'à défaut de l'exercice de l'action en nullité par la femme, ses créanciers pourraient la proposer à sa place en vertu de l'art. 1166.

B. — *Manière dont la renonciation de la femme à son hypothèque légale doit être manifestée.*

La condition d'authenticité que nous venons d'examiner s'applique également à toutes les formes de re-

(1) Cass. 11 juillet 1815, 15 février 1832. S. 1832. 1. 790. Cf. Pont, *Priv. et hyp.*, n° 661. — Aubry et Rau, III, n° 266, p. 273.

nonciations, expresses, tacites, contenues dans l'acte de vente ou séparées.

La deuxième condition exigée par la loi de 1889 pour la validité de la renonciation « *erga omnes* » n'a trait au contraire qu'aux renonciations tacites.

Nous avons vu, en effet, que la femme est libre de manifester son consentement expressément ou tacitement.

Elle le manifeste expressément lorsqu'elle dit formellement, dans l'acte de vente, qu'elle entend renoncer à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur ; l'emploi d'une formule solennelle n'est pas nécessaire d'ailleurs, il suffit que la volonté de la femme soit nettement manifestée.

La renonciation peut encore être et est forcément expresse, quand elle intervient par acte séparé, puisque cet acte n'a pas d'autre but que de révéler l'abandon du droit de la femme (1).

Mais, en outre de ces manifestations expresses de la volonté de la femme, la renonciation peut résulter encore de toute une série d'actes qui dénotent chez elle

(1) MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, dans leur commentaire de la loi de 1889 (*Priv. et hyp.*, II, p. 163), enseignent cependant qu'une renonciation tacite peut résulter d'un engagement de garantie ou de cautionnement pris par la femme dans un acte postérieur à la vente. Cette opinion nous semble bien difficile à admettre, la loi, en effet, ne semble reconnaître que les renonciations tacites résultant du *concours à l'acte d'aliénation* ; il y a bien ici concours à la vente, mais certainement pas à l'acte de vente.

l'intention de ne pas inquiéter l'acquéreur, ce sont ces actes que la loi de 1889, al. 3, a eu pour but de déterminer.

Avant la loi de 1855 et même sous l'empire de cette dernière loi, l'appréciation des faits qui entraînaient de la part de la femme la renonciation tacite à son hypothèque légale était entièrement abandonnée au juge.

Elle résultait, en général, de l'intervention de la femme à l'acte de vente.

« La femme qui a concouru à la vente, passée par le
« mari, d'immeubles à lui appartenant ou de conquêts
« de la communauté, disent MM. Aubry et Rau (1), est
« en général censée avoir renoncé, en faveur de l'acqué-
« reur à l'exercice de son hypothèque légale sur les
« biens formant l'objet de la vente ».

Cette opinion, partagée par M. P. Pont et la grande majorité des auteurs, était aussi consacrée par la jurisprudence. Toutes les fois que l'intervention de la femme à l'acte de vente ne pouvait s'expliquer autrement que par une renonciation, la jurisprudence la considérait comme ayant voulu faire l'abandon de son droit (2).

Cette intervention pouvait se manifester d'abord par une obligation concomitante au contrat de vente; la femme pouvait y figurer comme co-venderesse de l'im-

(1) Aubry et Rau, III, 288 bis.

(2) Cass. 26 août 1862. S. 62. 1. 920.

meuble ; elle pouvait encore se porter garante ou caution de l'aliénation, etc.

Mais son concours pouvait aussi se produire d'une façon beaucoup moins précise : par le fait de son assistance au contrat par exemple, ou par son approbation, sa signature apposée au bas de l'acte.

Toutes ces circonstances pouvaient impliquer de sa part un abandon de ses droits hypothécaires.

Cependant, toutes les fois que ce concours pouvait s'expliquer d'une autre façon et présentait pour la femme une utilité quelconque en dehors de la renonciation, les tribunaux cessaient de l'interpréter dans ce dernier sens.

« La renonciation de la femme à son hypothèque
« légale, disait M. Paul Pont (1), ne doit s'induire de
« l'acte d'aliénation que si le concours de la femme à
« cet acte ne peut s'expliquer autrement qu'en lui sup-
« posant la volonté de ne pas se prévaloir de son droit
« hypothécaire vis-à-vis de l'acquéreur. Lorsque la
« présence de la femme au contrat de vente s'explique
« par des considérations particulières, lorsqu'elle a une
« cause spéciale qui révèle l'intérêt tout personnel
« qu'a la femme à concourir au contrat, sa présence et
« son concours ne sauraient lui être opposés par l'ac-
« quéreur comme impliquant renonciation à son hypo-
« thèque. »

(1) *Priv. et hyp.*, 1, n° 465. — Cf. Cass. 6 nov. 1855. D. 55. 1. 389.

Il n'en est pas moins vrai que la liberté d'appréciation ainsi laissée aux tribunaux était fort grande, et que des contestations fréquentes s'élevaient sur la portée de l'intervention de la femme quand elle pouvait donner lieu à des interprétations différentes.

La jurisprudence avait même quelque fois apporté, sur cette matière, des solutions vivement critiquées, dans l'arrêt du 22 novembre 1880, par exemple, qui avait interprété dans le sens de la renonciation, la simple signature de la femme apposée au bas du contrat, et précédée du mot *approuvé*.

Aussi le législateur de 1889 avait-il mis cette question au programme des modifications à apporter à la loi de 1855.

Son système a consisté à déterminer les actes dont pourrait résulter la renonciation tacite et il a procédé par voie d'énumération limitative.

« En l'absence de stipulation expresse, dit la loi de 1889, la renonciation de la femme à son hypothèque légale ne pourra résulter de son concours à l'acte d'aliénation que si elle stipule soit comme co-venderesse, soit comme garante ou caution de son mari. »

Ainsi la simple assistance de la femme à l'acte de vente ne suffit plus désormais à la priver de ses droits hypothécaires, il faut de plus qu'elle contracte un engagement personnel avec l'acquéreur sous une des trois formes déterminées par la loi.

On a donné, au cours des travaux préparatoires, deux raisons de cette innovation.

Le législateur a voulu d'abord continuer ainsi l'œuvre de protection commencée dans l'intérêt de la femme par la nécessité de la forme authentique.

La rédaction primitivement votée par la Chambre faisait, en effet, résulter la renonciation tacite du simple concours de la femme à l'acte de vente. La commission du Sénat s'émut de cette disposition qu'elle jugea dangereuse pour la femme et pour les tiers, et proposa d'exiger, en même temps que son concours, un engagement personnel de la part de la femme. M. Lisbonne renchérit encore sur la proposition de la Commission et déposa un amendement qui contenait une énumération limitative de ces engagements. C'est cet amendement qui est devenu l'al. 3 de la loi.

Il ne semble pas que M. Lisbonne et la commission aient été bien inspirés en faisant intervenir dans cette question des considérations relatives à l'intérêt de la femme. Celle-ci se trouve bien suffisamment protégée par le principe de l'authenticité. Le notaire chargé de l'éclairer sur l'importance du rôle qu'on va lui faire jouer, a aussi le devoir de passer le contrat dans les termes les plus explicites et de ne laisser aucun doute sur la portée du concours de la femme.

La disposition que nous examinons a eu pour but, en second lieu, de sauvegarder les intérêts des tiers en

mettant une fin aux contestations qui pouvaient s'élever sur la portée du concours de la femme à la vente.

« Au point de vue de la publicité, disait M. Merlin
« dans son rapport, c'est-à-dire au point de vue des
« tiers, il serait éminemment dangereux de se contenter
« d'un simple concours, parce que les tiers qui traitent
« avec la femme ont besoin de savoir si elle a renoncé
« à son hypothèque légale, et que si cette renonciation
« résulte de circonstances qui peuvent être diverse-
« ment appréciées, il n'y aura pour les tiers qui consul-
« teront le registre des transcriptions, et qui verront
« l'acte de vente contenant un simple concours, aucune
« espèce de certitude ».

Le législateur semble s'être préoccupé bien inutilement encore de l'intérêt des tiers. Ceux-ci se trouvent, en pratique, aussi efficacement protégés que la femme par la présence d'un officier ministériel chargé de ne laisser planer aucun doute sur la renonciation, dans l'intérêt de l'acquéreur ; les notaires en effet emploient, en matière de renonciations et de subrogations à l'hypothèque légale, des formules tellement précises que les renonciations tacites peuvent être considérées aujourd'hui comme hors d'usage.

Mais si les membres de la commission, et M. Lisbonne en particulier, ont cru éviter, dans tous les cas, les discussions sur la portée du concours de la femme, ils se sont étrangement trompés.

En admettant que l'on rencontre encore parfois des

renonciations tacites, on ne discutera plus, en effet, sur le point de savoir si la garantie ou le cautionnement entraînent la renonciation à l'hypothèque légale de la femme, mais on pourra toujours se demander si cette dernière a voulu véritablement contracter une obligation de garantie ou de cautionnement, ou se porter covenenderesse. Les formules solennelles sont bannies aujourd'hui de notre droit, et la femme peut toujours manifester son engagement dans des termes quelconques, sur la portée desquels des contestations pourront se produire ; si les mots indiqués par la loi n'ont pas été employés, la discussion recommencera comme par le passé.

On serait donc obligé, pour conserver à la loi la portée que ses auteurs semblent avoir voulu lui donner, de considérer comme nécessaires les formules inscrites dans le texte. Ce retour au vieux formalisme ne serait-il pas contraire à tous les principes du droit moderne ? Ces principes ne sont-ils pas déjà suffisamment méconnus par une disposition qui prétend limiter les actes d'où résulte le consentement, alors que partout ailleurs le législateur laisse, sous ce rapport, aux parties, la plus grande liberté, et au juge le plus large pouvoir d'appréciation ? Et l'harmonie de la loi ne se trouve-t-elle pas rompue quand on compare la prudente rédaction de l'ancien art. 9 au formalisme de l'al. 3 de la loi nouvelle ?

Il faut avouer qu'il y a, dans cette innovation malen-

contreuse, plutôt un danger qu'une amélioration de l'ancien état de choses. Ou bien, en effet, il faudra conserver au juge une partie de la liberté d'appréciation dont il jouissait autrefois, et la situation sera exactement la même que par le passé ; ou bien, et ce semble être l'intention du législateur, son rôle se bornera désormais à contrôler la rédaction de l'acte d'aliénation et à y rechercher un des trois mots sacramentels spécifiés par la loi. Dans quelle situation ne placera-t-on pas dès lors ceux qui sont chargés de rendre la justice ! « Sup-
« posons, dit M. Escorbiac (1), que de l'examen des
« circonstances il ressorte jusqu'à l'évidence que la
« femme a renoncé implicitement à son hypothèque ;
« les magistrats devront-ils, sous prétexte que les cir-
« constances ne sont pas celles que la loi a spécifiées,
« déclarer que la renonciation n'existe pas et procla-
« mer ainsi un fait contraire à la vérité ? »

Il nous semble bien difficile de donner de la disposition de l'al. 3 une semblable interprétation. Le texte semble formel, il est vrai, mais en le prenant à la lettre on arrive à des conséquences trop antijuridiques pour n'en pas chercher une explication plus large. Il nous semble, pour notre part, que la loi de 1889 n'est pas impérative sur ce point. Elle réduit sensiblement, il est vrai, les pouvoirs accordés au juge sous la loi de 1855, mais elle lui laisse dans les limites fixées sa liberté

(1) *Lois nouvelles*, 1889, p.

d'appréciation ; nous croyons donc que la renonciation ne résulterait pas forcément d'un des trois engagements spécifiés par la loi s'il apparaissait nettement que la femme ait voulu conserver intacte son hypothèque légale. Nous sommes même persuadés qu'il serait du devoir du juge de considérer comme valable une renonciation tacite consentie en dehors des règles de l'al. 3, s'il était évident que telle a été l'intention de la femme.

En terminant l'examen de la disposition consacrée par la loi nouvelle aux renonciations tacites, il nous semble nécessaire de dire ici quelques mots d'une question qui s'est posée précisément en pratique à propos des renonciations tacites, mais qui a un intérêt beaucoup plus général, car elle porte sur les conditions mêmes d'existence de la renonciation.

On s'est demandé quel était le lien exact qui unissait la renonciation tacite et le contrat de vente dans lequel elle était intervenue ; l'existence de l'une était-elle absolument subordonnée à l'exécution de l'autre ou, en d'autres termes, la résolution de la vente entraînait-elle la nullité de la renonciation ?

La Cour de cassation a rendu, à ce sujet, un arrêt (1) qui a résolu, comme on pouvait s'y attendre, la question dans le sens de l'affirmative ; mais la Cour suprême a tiré, en même temps du principe posé par elle, des conséquences étranges qu'il est intéressant d'examiner.

(1) Cass. 13 juillet 1874. S. 75. 1. 145 et note de M. Labbé.

L'arrêt en question décidait en effet que la résolution d'une vente d'immeuble a pour effet de faire considérer comme non avenue la renonciation à l'hypothèque légale consentie par la femme du vendeur au profit de l'acquéreur; mais il ajoutait que, par suite, la créance de la femme prime tous les droits nés postérieurement au mariage et notamment le droit de rétention reconnu par jugement à l'acquéreur à l'effet de garantir la restitution du prix. Le mari n'ayant pas restitué à l'acquéreur, comme le jugement de résolution le lui imposait, le prix par lui payé, la Cour de cassation autorisait néanmoins la femme, en vertu de cette même résolution, à se prévaloir de son hypothèque au préjudice de l'acquéreur en se faisant colloquer avant lui sur le prix de l'immeuble saisi et vendu à la requête d'un créancier hypothécaire non désintéressé : c'était même l'engagement pris, et non rempli par le mari, de rembourser ce créancier qui avait motivé la résolution de la vente.

Une telle jurisprudence présentait un intérêt considérable, car la question pouvait se représenter à propos de toutes les causes de résolution des ventes et aussi bien pour celles qui provenaient de l'inexécution des obligations de l'acheteur que pour celles qui naissaient, comme dans l'espèce, de l'inexécution des obligations du vendeur.

Aussi M. Labbé a-t-il très vivement critiqué la jurisprudence de la Cour de cassation qui favorisait les

fraudes commises d'accord par le mari et la femme au préjudice des acquéreurs.

Le savant professeur ne discute pas le principe même qui a inspiré l'arrêt de la Cour suprême : Que la renonciation soit rétroactivement résolue si la vente vient à l'être, cela n'est pas douteux ; mais M. Labbé condamne avec raison l'application faite dans l'espèce : la Cour de cassation semble avoir oublié, en effet, que la résolution de la vente est subordonnée elle-même à la restitution du prix par le vendeur, et que celui-ci et ses ayant-cause ne peuvent se prévaloir de cette résolution, tant que cette obligation n'a pas été remplie, si les droits qu'ils invoquent sont nés de la résolution.

La solution donnée par la Cour suprême, concluait en substance M. Labbé, est donc antijuridique et dangereuse.

L'anéantissement de la renonciation est bien la conséquence de la résolution de la vente ; il n'est pas douteux, non plus, que le droit de rétention accordé à l'acquéreur n'est pas opposable à ceux dont les droits sont indépendants de la résolution (dans l'espèce le créancier hypothécaire poursuivant), mais il est certainement opposable à ceux dont les droits, comme ceux de la femme, sont entièrement liés à cette résolution : la femme n'en peut donc invoquer les effets contre l'acquéreur tant que les obligations mises à la charge du mari vendeur par la résolution de la vente, c'est-

à-dire la restitution du prix, n'ont pas été exécutées.

La question, nous le répétons, ne s'est posée que dans un cas où il s'agissait d'une renonciation tacite. Mais elle a une portée beaucoup plus générale car elle peut se représenter aussi bien à propos d'une renonciation expresse ; il est à espérer que dans ce cas la Cour de cassation reviendrait sur sa singulière jurisprudence, et nous croyons que la question devrait être résolue, dans tous les cas, dans le sens indiqué par M. Labbé.

C. — *Publicité.*

La troisième et dernière condition exigée par la loi de 1889 pour la validité des renonciations en faveur de tiers acquéreurs est relative à leur publicité.

Ces conventions sont parfaites et produisent leur effet entre les parties dès que l'accord des volontés s'est produit et que les formalités précédemment étudiées ont été accomplies ; mais il reste à les rendre publiques pour qu'elles acquièrent leur pleine valeur à l'égard des tiers et leur deviennent opposables.

Cette publicité se trouve réglée de la façon suivante :

« La renonciation par la femme à son hypothèque légale, au profit de l'acquéreur d'immeubles grevés de cette hypothèque, en emporte l'extinction et vaut purge à partir soit de la transcription de l'acte d'aliénation si la renonciation y est contenue, soit de la mention faite

en marge de la transcription de l'acte d'aliénation, si la renonciation a été consentie par acte authentique distinct. »

Cette disposition constitue, sans aucun doute, la plus heureuse des innovations contenues dans la loi de 1889, et la seule qui mérite d'être approuvée sans réserves ; elle aurait dû être, à vrai dire, l'unique objet de la loi.

Quel était, en effet, le but des réclamations des notaires et des pétitions présentées aux Chambres depuis de longues années ?

Voir trancher la controverse, déjà vieille de plus de trente ans, qui s'était élevée depuis 1855 sur l'application des formalités de l'article 9 aux renonciations consenties en faveur de tiers acquéreurs.

Cette controverse, la loi de 1889 l'a tranchée de la façon la plus heureuse en écartant l'application de l'ancien article 9 et en établissant la publicité des renonciations par la voie de la transcription.

Nous avons vu, en étudiant la loi de 1855, combien cette réforme était impatiemment attendue et désirée ; on peut même dire, en fait, que la pratique et la jurisprudence l'avaient déjà accomplie ; mais il lui manquait encore la sanction de la loi.

Le législateur a donné ainsi, dans une large mesure, satisfaction aux acquéreurs des immeubles grevés de l'hypothèque légale de la femme.

Il les dispense d'abord des formalités lentes et coûteuses de la purge qui était la conséquence nécessaire

de l'inscription exigée par la loi de 1855. Après avoir transcrit son titre, l'acquéreur est maintenant complètement en sûreté.

Plus de dépôt au greffe, plus de notifications et de publicité par voie d'affiches ; la renonciation a rendu inutile toute cette procédure et nous verrons plus tard, en étudiant ses effets, qu'elle produit néanmoins ceux de la purge et aboutit à l'extinction de l'hypothèque légale.

Quant à la formalité même de la transcription, la loi, en la choisissant, s'est certainement arrêtée au mode de publicité le plus simple et le moins onéreux pour les acquéreurs ; on peut même dire qu'elle a supprimé toute nouvelle formalité et, même pour certains cas, tous nouveaux frais de ce chef (1), puisque la transcription était déjà requise depuis 1855, pour l'acte d'aliénation lui-même.

Quand on considère d'autre part les frais et les lenteurs entraînés par l'ancienne inscription hypothécaire ses renouvellements et sa radiation, et qu'on les compare à la formalité relativement simple de la transcription, on se rend compte du progrès considérable réalisé par le système actuel.

Ce n'est pas d'ailleurs le seul point de vue auquel la disposition relative à la transcription ait apporté une

(1) Il n'est perçu de droits particuliers pour la renonciation que lorsqu'elle est faite expressément. Garnier, *Ventes d'immeubles*, t. 5. 14876.

simplification et une amélioration de l'ancien état de chose.

Nous avons vu, en effet, en étudiant les controverses relatives à la loi de 1855, que la question d'application de l'article 9 n'était guère discutée que pour les renonciations extinctives ; la plupart des auteurs s'accordaient, au contraire, à soumettre les renonciations subrogatives à la formalité de l'inscription destinée à conserver le droit transmis. Les renonciations consenties par acte séparé se trouvaient également tomber sous l'application de l'article 9, faute d'une autre publicité possible à leur égard, et la transcription n'était reconnue suffisante que pour les renonciations contenues dans l'acte d'aliénation. Toutes ces distinctions ont été supprimées par la loi de 1889 qui soumet également à la publicité, par le registre des transcriptions, les renonciations contenues ou non dans l'acte de vente, et les considère toutes comme produisant, au point de vue du droit de suite, des effets extinctifs qui ne laissent aucune raison d'être à une inscription destinée à conserver un droit (1).

Malgré les avantages incontestables que présente la publicité des renonciations au moyen de la transcrip-

(1) Il n'est question d'inscription dans la loi qu'au sujet de la conservation du droit de préférence et nous verrons, en étudiant les effets de la renonciation, que cette disposition semble avoir été introduite dans la loi par suite d'une confusion, et viser une hypothèse bien difficile à prévoir. (Cf. Ch. II, § 2).

tion, on n'a pas été sans lui faire, au cours des travaux préparatoires, deux reproches qu'il est intéressant d'examiner.

L'une de ces critiques porte sur l'absence de délais accordés à l'acquéreur pour remplir la formalité de la transcription. Dans ces conditions, a-t-on dit, l'acquéreur se trouve exposé à la mauvaise foi de la femme et aux attaques des tiers, pendant un temps assez court il est vrai, mais suffisant pour que ses intérêts puissent être lésés : c'est celui qui s'écoule entre la signature de l'acte de renonciation et sa transcription ; d'une part, en effet, la convention est parfaite, dès la signature, entre la femme et l'acquéreur, et, d'autre part, celui-ci ne jouit d'aucun délai pour protéger ses droits à l'encontre des tiers en faisant transcrire ; il en résulte que la femme peut, pendant ce court espace de temps, consentir des renonciations ou des subrogations qui seront opposables à l'acquéreur, si les cessionnaires parviennent à les publier avant la sienne ; et, comme l'acquéreur a fort bien pu, sur la foi de la renonciation parfaite à son égard, payer déjà son prix entre les mains du mari ou de la femme, il sera exposé soit à payer une seconde fois entre les mains des cessionnaires, soit à être évincé.

Il faut reconnaître que cette observation n'est pas sans valeur et qu'il y a certainement là une légère lacune dans la manière dont la loi de 1855 a organisé la transcription ; mais, d'un autre côté, il est bien diffi-

cile de protéger plus efficacement l'acquéreur et surtout de s'émouvoir d'une situation qu'il ne devra qu'à sa négligence.

Une deuxième observation présentée, au cours de la discussion de la loi au Sénat, semble révéler un inconvénient plus grave.

« J'estime, disait M. Cazot (1), que, dans le cas où
« la renonciation est contenue dans l'acte d'aliénation,
« la transcription n'est pas une mesure de publicité
« suffisante ; en effet, un acte de vente peut être très
« long et très compliqué ; il peut contenir des clauses
« multiples et il faudra aller démêler, au milieu de
« toutes les autres, celle qui indique que la femme a
« renoncé à son hypothèque légale. La preuve, d'ail-
« leurs, que le législateur n'a pas considéré la trans-
« cription comme une mesure de publicité suffisante,
« c'est la disposition édictée par l'art. 2108 C. Civ.
« Quand il s'agit de la conservation du privilège du
« vendeur, sans doute la transcription vaut l'inscrip-
« tion, mais le législateur, considérant l'insuffisance de
« la publicité, a imposé aux conservateurs des hypo-
« thèques, sous leur responsabilité personnelle, l'obli-
« gation de reporter au registre des inscriptions la
« clause indiquant le non-paiement du prix et la
« conservation du privilège.... Je me fonderais, par
« analogie, sur cet art. 2108, et j'imposerais au conser-

(1) *J. off.* Sénat. Séance du 6 février 1888, p. 441.

« vateur des hypothèques , sous sa responsabilité
« personnelle, l'obligation de reporter sur le registre des
« inscriptions celle de l'hypothèque légale de la femme
« en mentionnant en marge sa main-levée, c'est-à-dire
« la renonciation de la femme. »

Il est certain qu'il y a, dans cette critique de M. Cazot, une observation très juste et qui avait déjà été faite sous l'empire de la loi de 1855 par les partisans de l'application de l'art. 9.

Evidemment la lecture de l'acte de transcription peut ne pas révéler au premier abord la renonciation contenue dans l'acte de vente, et, nous avons vu, en parlant des renonciations tacites, que la femme peut toujours manifester son consentement sous une forme quelconque; mais ceci n'est un inconvénient que pour les tiers étrangers aux choses juridiques, et un officier ministériel tel qu'un notaire, habitué à rédiger des renonciations, saura démêler bien vite la vérité; or, les tiers désireux de se faire consentir des renonciations ou des subrogations, seront toujours obligés, d'après la loi de 1889, de recourir au ministère d'un notaire; la plus élémentaire prudence leur recommandera de s'informer auprès de lui de la véritable situation hypothécaire de l'immeuble ou des immeubles au sujet desquels ils veulent contracter. L'obscurité qui pourrait survivre à la publicité faite au moyen de la transcription, est donc plus apparente que réelle.

Quant au remède proposé par M. Cazot, il est très

criticable; la mention des renonciations au registre des inscriptions hypothécaires présenterait des inconvénients considérables; en effet, dans la même séance du 6 février 1888, M. L. Clément, qui avait pris la parole avant M. Cazot, avait déjà proposé, pour une autre raison, que la publicité des renonciations se fit au registre des inscriptions et non à celui des transcriptions. « Le consentement de la femme emportant, « disait-il (1), renonciation à son hypothèque légale « n'est et ne peut être qu'une mainlevée; à ce titre, « il ne peut figurer, comme toutes les mainlevées « d'hypothèques, que sur le registre des inscriptions ».

Ce raisonnement n'était pas absolument juste dans ses prémisses, car la renonciation qui laisse subsister, nous le verrons plus loin, le droit de préférence ne peut pas être qualifiée de mainlevée.

M. Boulanger, ancien directeur de l'enregistrement, qui répondit à M. L. Clément, admit cependant en principe l'observation; mais l'honorable sénateur, tout en convenant qu'il aurait été plus logique de choisir, en effet, le registre des inscriptions, fit observer que cette pratique jetterait le désordre dans le fonctionnement de la publicité hypothécaire; il aurait fallu d'abord, en supposant que l'hypothèque de la femme ne fût pas inscrite, prendre une inscription à chaque bureau d'hypothèques dans le ressort duquel le mari

(1) *J. off.* cité p. 110.

aurait possédé des immeubles ; puis, l'inscription prise à un bureau suffisant à grever tous les immeubles situés dans le même ressort, mentionner à chaque aliénation, en marge de cette inscription, la renonciation intervenue au profit de l'acquéreur. Les marges des registres n'eussent plus suffi pour toutes ces mentions, et, en les reportant à la date du jour, on eût risqué de rendre les recherches très difficiles et presque toujours incomplètes.

Cette critique faite par M. Boulanger de la proposition de M. Clément atteignait aussi celle de M. Cazot ; aussi le Sénat repoussa-t-il avec raison la publicité des renonciations sur le registre des inscriptions.

Le principe de la publicité des renonciations se trouvant ainsi posé par la loi, il convient de se demander quelle en sera la sanction. Qu'advient-il des renonciations occultes, et qui pourra se prévaloir du défaut de transcription ?

Du § 1 de la loi que nous venons d'analyser, il résulte, sans aucun doute, que si la renonciation est parfaite entre les parties dès le moment où elle a été consentie (ce qui leur dénie tout droit de se prévaloir du défaut d'une publicité qui n'a pas été établie dans leur intérêt), elle ne produit aucun effet à l'égard des tiers jusqu'au jour de sa transcription. Voilà la seule sanction de cette disposition ; il ne saurait être question ici de nullité comme pour le défaut d'authenticité : aucun délai n'est imparti à l'acquéreur pour trans-

crire ; il est simplement exposé à voir ses droits lésés pendant le temps où il néglige de faire transcrire la renonciation intervenue à son profit.

Mais, par quelles personnes l'acquéreur se trouve-t-il ainsi menacé dans ses droits, tant qu'il n'est pas protégé par la transcription ?

Nous avons employé tout à l'heure pour les désigner le mot « *tiers* », il s'agit de l'expliquer et de déterminer quels sont ces tiers.

Cette question n'aurait pas présenté de difficultés si les termes du projet primitif, présenté par le Gouvernement, avaient été adoptés. Ce projet réservait, en effet, le droit de se prévaloir du défaut de transcription *aux créanciers subrogés par la femme dans ses droits hypothécaires* (1) ; la phrase a été supprimée au cours de la discussion, et n'a pas été remplacée, si bien que la loi est muette aujourd'hui sur ce point.

Nous croyons que le texte primitif eût dû être maintenu, et que les seuls tiers autorisés à se prévaloir du défaut de transcription sont bien, en effet, ceux que désignait le projet du gouvernement.

Certains auteurs, cependant (2), ont cru voir dans la suppression de cette restriction un retour au projet des notaires de 1881, qui demandait que la renonciation emportât extinction de l'hypothèque *erga omnes*, à dater de la transcription ; dans ce système, les tiers,

(1) *J. off.* 7 décembre 1881. Annexes de la Chambre.

(2) Wable, *Des ren. par la femme à son hyp. lég.*, n° 96.

pris dans le sens le plus large du mot, seraient tous ceux qui n'ont pas été partie au contrat, et notamment les créanciers hypothécaires du mari inscrits sur l'immeuble antérieurement à la renonciation, mais postérieurs en rang à la femme.

Il nous semble, au contraire, que les créanciers hypothécaires du mari, comme les autres ayants cause de ce dernier, n'auraient aucun intérêt à se prévaloir du défaut de transcription pour attaquer la renonciation qui ne leur préjudicie en rien : peu leur importe, en effet, d'être primés par la femme qui, d'après la loi, conserve un droit de préférence sur le prix après la renonciation, ou par l'acquéreur si celui-ci vient à y être subrogé.

La renonciation leur est donc opposable en tout état de cause.

Il en est de même des ayants cause de la femme qui, par définition, sont obligés de subir l'effet des aliénations consenties par leur débitrice, et parmi les ayants cause, nous comprenons les créanciers chirographaires qui ne pourraient prétendre des droits sur l'immeuble qu'en invoquant précisément ceux auxquels la femme a renoncé.

Les seuls tiers qui puissent avoir intérêt à se prévaloir du défaut de transcription, ce sont les bénéficiaires de subrogations ou de renonciations à l'hypothèque légale de la femme, antérieures ou postérieures, peu importe, à celle qui est intervenue en faveur de l'acquéreur, et

qui procèderont avant lui aux formalités de publicité, inscription, si ce sont des créanciers subrogés, transcription, si ce sont d'autres acquéreurs ; ce sont les seuls, en effet, dont les droits pourront venir en conflit avec ceux de l'acquéreur. En d'autres termes, la question de préférence entre bénéficiaires de renonciations et cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme ne se règle plus que par la date de la publicité qui leur est propre. La sanction de la négligence de l'acquéreur, c'est la perte de son rang, et ceux-là seuls qui transcrivent ou inscrivent des renonciations ou des subrogations avant lui peuvent se prévaloir du défaut de transcription de sa part, pour amener cette déchéance.

L'acquéreur pourra bien se retourner contre la femme et la poursuivre pour fraude, si ces cessions ou renonciations sont postérieures à la sienne, mais il ne pourra rien contre les tiers.

Nous avons dit, en terminant l'examen de la loi de 1855, que dès cette époque, l'acquéreur d'immeubles grevés de l'hypothèque légale de la femme devait être considéré comme un tiers autorisé par l'art. 9 à méconnaître toutes les renonciations ou subrogations à cette hypothèque publiées après la transcription de son titre d'acquisition.

Ce point de vue, nous venons de le voir, se trouve encore exact avec la nouvelle loi ; toute son économie repose sur ce principe que la transcription arrête le cours des inscriptions.

CHAPITRE II

EFFETS DE LA RENONCIATION.

SECTION I

AVANT LA LOI DE 1889.

Les effets de la renonciation consentie par la femme à son hypothèque légale au profit d'acquéreurs d'immeubles du mari ou de la communauté n'étaient réglementés par aucun texte législatif avant 1889.

Nous avons vu que l'art. 9 de la loi de 1855 destiné seulement à fixer les conditions de forme nécessaires pour la validité des renonciations ou des subrogations à l'hypothèque légale, était resté muet sur la question de leurs effets ; la date de 1855 ne marque donc pas dans ce chapitre, comme dans le précédent, le commencement d'une phase intermédiaire entre l'absence de législation du Code civil et la réglementation minutieuse de 1889.

Avant, comme après la loi de 1855, la question des effets des renonciations en faveur de tiers acquéreurs se trouvait, en l'absence de dispositions législatives,

livrée aux controverses qui divisaient les auteurs et résolue seulement par la jurisprudence.

Nous avons étudié dans notre introduction les différentes opinions qui s'étaient fait jour, dans la doctrine, sur la nature et les effets des renonciations en faveur de tiers acquéreurs. Il suffira de les rappeler en quelques mots.

Dans un premier système soutenu par M. P. Pont (1) la renonciation n'avait qu'un effet abdicatif ; elle produisait seulement, et sans qu'il fût besoin de recourir aux formalités de la purge l'extinction du droit de suite de la femme ; jamais elle n'entraînait une cession de son droit de préférence sur le prix resté dû ; pour produire un pareil résultat, il eût fallu l'existence d'une véritable subrogation consentie dans les formes prescrites par l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855, formes dont M. Pont écartait la nécessité pour les renonciations au profit d'un acquéreur en les remplaçant par la seule transcription de l'acte d'aliénation.

Dans une seconde opinion, défendue par Proudhon (2), la renonciation au profit d'un acquéreur produisait, au contraire, toujours, outre l'extinction du droit de suite, une subrogation au droit de préférence de la femme au profit de l'acquéreur, subrogation qui permettait à ce dernier de se faire colloquer avant les

(1) Pont, *Priv. et hyp.*, I, nos 484 et 488. — Cf. Merignac, *Tr. des contrats relat. à l'hyp. lég. des femmes mariées*, nos 137 s.

(2) *Usufruit*. V. 2340.

créanciers inscrits postérieurs à la femme, le jour où un ordre venait à être ouvert sur le prix de l'immeuble à leur requête.

Enfin, en l'absence d'une manifestation formelle de la volonté des parties, MM. Aubry et Rau (1) se préoccupant de rechercher leur véritable intention, admettaient un système intermédiaire qui consistait à considérer la renonciation comme abdlicative lorsqu'il n'y avait pas de créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble, et à la supposer, au contraire, translatrice lorsque la présence de créanciers inscrits rendait une pareille subrogation nécessaire pour la sauvegarde des intérêts de l'acquéreur.

Nous avons vu aussi, qu'à l'inverse de M. Pont, MM. Aubry et Rau considéraient que la loi de 1855 avait eu pour effet de rendre nécessaire la prise d'une inscription pour la validité des renonciations, et subordonnaient, par conséquent, les effets de celles-ci à l'accomplissement des formalités de la purge qui était la suite nécessaire de l'inscription et qui était inutile avant la loi de 1855.

Quant à la jurisprudence, elle admettait d'une façon constante l'extinction du droit de suite de la femme comme une conséquence inévitable de la renonciation intervenue au profit d'un acquéreur : cette extinction,

(1) Aubry et Rau, III, 288 bis et notes 29 et 30. — Cf. Murlon, *Subr. pers.*, p. 609. — Bertauld, *op. cit.*, n° 440. — Cass. 14 janvier 1817. S. 17. 1. 146.

nous l'avons vu, ne se produisait qu'après purge, selon la Cour de cassation, qui s'était rangée à l'application de l'art. 9 (1), elle se produisait, au contraire, sans ces formalités d'après la Cour de Dijon (2).

Mais la femme conservait, sur le prix, encore dû, de l'immeuble, un droit de préférence qui lui permettait, au cas d'une expropriation forcée, poursuivie par les créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble, de se faire colloquer sur son prix avant ces derniers (3).

Elle était censée avoir subrogé l'acquéreur dans ce droit de préférence toutes les fois que celui-ci avait payé son prix entre les mains du mari, malgré la présence des créanciers hypothécaires (4).

Mais la jurisprudence, comme les auteurs, était restée divisée sur la question de savoir si le concours et le consentement de la femme étaient nécessaires pour permettre à l'acquéreur de se libérer valablement entre les mains du mari, et à celui-ci de disposer de sa créance.

Dans une opinion, on n'admettait l'exercice du droit de préférence de la femme que sur le prix de l'immeuble resté dû ; dès que ce prix était sorti des mains de l'acquéreur pour passer dans celles du mari, ou

(1) Cass. 26 août 1866. D. 1867. 1. 49. Cf. ch. I, section II.

(2) Dijon, 4 août 1880. D. 1880. 2. 241, et février 1889. S. 89. 2. 78. Cf. Cass. 5 mai 1890. S. 90. 1. 392. Cf. chap. I, section II.

(3) Cass. 14 janvier 1817. S. 17. 1. 146. Lyon, 15 mai 1847. S. 48. 2. 230.

(4) Paris, 1^{er} juin 1807. C. N. 2. 2. 252.

même dès que celui-ci avait simplement cédé sa créance contre l'acquéreur, le droit de la femme s'évanouissait (1).

Dans une autre opinion, au contraire, la survie du droit de préférence appartenant à la femme rendait nécessaire le consentement de celle-ci pour la validité du paiement entre les mains du mari, ou de la cession de la créance de ce dernier. L'inobservation de cette condition aurait exposé l'acquéreur, qui avait payé imprudemment ou le cessionnaire de la créance du mari, à un recours de la femme (2).

Le législateur de 1889, plus prévoyant sur ce point que celui de 1855, s'est préoccupé de mettre fin à toutes les controverses, et nous allons voir, en étudiant les dispositions de la loi nouvelle, les solutions qu'elle a consacrées.

SECTION II

LOI DU 13 JUILLET 1889.

La loi de 1889 emploie, pour caractériser les effets de la renonciation deux formules très nettes :

(1) Metz, 31 décembre 1867. S. 69. 2. 5. — Amiens, 3 mars 1853. S. 53. 1. 69.

(2) Amiens, 16 février 1854. S. 54. 2. 260. — Dijon, 19 novembre 1876. S. 77. 2. 261.

« La renonciation par la femme a son hypothèque légale au profit de l'acquéreur d'immeubles grevés de cette hypothèque, dit l'al. 1 de la loi, *en emporte extinction et vaut purge.* »

Et l'al. 4 ajoute : « Toutefois, *la femme conserve son droit de préférence* sur le prix ».

Ainsi donc, les effets de la renonciation se résument dans ces deux idées très clairement exprimées par la loi : le droit de suite de la femme est éteint par sa renonciation, mais son droit de préférence subsiste.

§ 1. — Extinction du droit de suite.

La renonciation, dit en premier lieu la loi de 1889, emporte extinction de l'hypothèque légale et vaut purge.

Signalons d'abord, dans cette formule, une erreur d'expression qui a échappé au législateur : la renonciation n'emporte pas extinction de l'hypothèque, puisque l'un des éléments constitutifs de celle-ci, le droit de préférence, subsiste : elle emporte simplement extinction du droit de suite, ce qu'exprime mieux la seconde partie de la phrase « *elle vaut purge* ».

La renonciation produit donc les effets de la purge en en supprimant les longues et coûteuses formalités ; c'était la réforme qui était réclamée dans les différentes pétitions déposées sur le bureau des Chambres et qui figurait en tête de tous les projets de loi.

Mais, la purge des hypothèques légales ne produit pas, dans tous les cas, les mêmes effets, ou plutôt, notre législation prévoit deux sortes de purge des hypothèques légales, selon que ces hypothèques ont été ou non inscrites avant la transcription de l'acte d'aliénation.

Il importe d'examiner les effets de ces deux purges pour voir ensuite quels sont ceux qu'il faudra attribuer à la renonciation.

Lorsque l'hypothèque légale est inscrite avant la transcription de l'acte d'aliénation, la purge a pour effet de transformer le droit de la femme sur l'immeuble en un droit sur le prix, c'est-à-dire que le droit de suite est éteint et se trouve remplacé par un droit de préférence sur le prix (art. 2181 et s., C. c.).

Lorsque l'hypothèque légale n'est pas inscrite, au contraire, et c'est le cas le plus fréquent, le Code civil organise une procédure de purge spéciale dont il est parlé aux articles 2193 et suivants. Deux situations peuvent alors se présenter. Ou bien la femme requiert inscription de son hypothèque dans le délai fixé par l'article 2195, auquel cas les effets de la purge sont les mêmes que dans l'hypothèse précédente, ou bien elle néglige de prendre inscription, et elle encourt alors certaines déchéances.

L'extinction du droit de suite se produit comme dans la purge des hypothèques inscrites, mais le droit de préférence de la femme ne subsiste pas avec toute son

efficacité. Sa conservation qui, dans le premier cas, était garantie par une inscription, se trouve subordonnée à l'ouverture d'un ordre sur le prix de l'immeuble dans les trois mois qui suivent l'expiration du délai de la purge, et à la production faite par la femme, à cet ordre, dans le délai fixé par l'art. 754 C. pr. civ. si l'ordre est judiciaire, ou avant sa clôture s'il est amiable (art. 772 al. 5 C. pr. civ.). De plus, le droit de préférence de la femme qui, dans le cas de purge des hypothèques inscrites, mettait obstacle au paiement du prix entre les mains du mari et à la cession de la créance de ce dernier contre l'acquéreur, est considéré comme ignoré de cet acquéreur, qui peut valablement se libérer entre les mains du mari, et des cessionnaires, qui peuvent acquérir la créance de ce dernier sans avoir à craindre aucun recours de la part de la femme.

Par suite du défaut d'inscription de son hypothèque légale, le droit de préférence de la femme se trouve donc menacé dans son existence, et il cesse, même au cas où il est conservé selon les règles de l'art. 772 C. pr. civ., d'être opposable à l'acquéreur et aux cessionnaires de la créance du mari.

Quels sont donc les effets que la loi de 1889 entend faire produire à la renonciation quand elle dit que celle-ci vaut purge ?

Sont-ce ceux de la purge des hypothèques inscrites, ou ceux de la purge des hypothèques non inscrites ?

Cette question a un grand intérêt pour la femme, en

raison de l'influence qu'elle exerce sur l'efficacité de son droit de préférence.

Il n'est pas douteux que l'on doive attribuer à la renonciation les effets de la purge des hypothèques inscrites qui sont les plus favorables à la femme.

Quelle est, en effet, la raison des déchéances que celle-ci encourt lorsqu'elle néglige de prendre inscription ?

C'est l'impossibilité où elle a mis l'acquéreur de constater l'existence de son hypothèque légale et de réserver la portion du prix qui peut lui revenir.

Aucun reproche de cette nature ne peut être fait à la femme lorsqu'il s'agit d'une renonciation : l'acquéreur n'a réclamé d'elle l'abdication de ses droits comme condition de la vente que parce qu'il en connaissait l'existence.

Il ne serait cependant pas absolument exact de dire que, dans le cas de la renonciation prévue par la loi nouvelle, la situation de la femme est analogue à celle d'un créancier inscrit.

La femme qui avait inscrit son hypothèque avant la transcription de l'acte de vente, ou qui l'inscrit dans le délai de l'article 2195, ne se trouve pas, en effet, complètement dépouillée de son droit de suite. Elle en conserve l'exercice jusqu'au paiement complet ou à la consignation du prix qui sont la conséquence de la distribution par voie d'ordre, et elle peut, par ce moyen, poursuivre l'expropriation de l'acquéreur insolvable ou

de ses ayants cause pour se faire colloquer sur le prix de la nouvelle adjudication. La renonciation, au contraire, ne laisse rien subsister du droit de suite, et la femme ne conserve, contre l'acquéreur ou les sous-acquéreurs, qu'une action personnelle, qui ne la met pas à l'abri de leur insolvabilité.

Aucune action hypothécaire ne lui serait ouverte de son chef, et elle ne pourrait poursuivre l'expropriation que du chef de son mari, en vertu de l'art. 1166 C. civ. ; encore ce dernier devrait-il avoir conservé son privilège et l'action résolutoire subordonnée à son existence (Loi de 1885, art. 7) dans les formes prescrites par la loi (art. 2108 C. c. ; Art. 6 loi de 1855) (1).

La législation de 1889, en faisant produire à la renonciation les effets de la purge, n'a donc fait que confirmer la solution admise antérieurement à la loi de 1855 et défendue encore, depuis, par M. Pont.

Mais, tandis qu'autrefois l'absence de publicité faisait de cette pratique un danger constant pour les tiers, la publicité organisée par l'alinéa 1 de la loi de 1889 met la solution qu'elle a consacrée à l'abri de toute critique.

§ 2. — Survie du droit de préférence.

La renonciation, nous venons de le voir, n'éteint que

(1) Cf. Wable, *op. cit.*, n° 121. — Dalmbert, *De la purge des priv. et hyp.*, 2^e éd., p. 356, n° 13.

e droit de suite ; le droit de préférence de la femme sur le prix de l'immeuble subsiste.

Ce sont les effets ordinaires de la purge et il n'est pas étonnant de voir la loi les attribuer à la renonciation qu'elle considère comme devant tenir lieu de cette procédure.

MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes donnent de cette règle une raison qui est bien conforme à l'esprit de la loi. « La loi, disent-ils (1), interprète la renonciation de la femme dans son sens le plus étroit, conformément aux principes. Il est possible que la femme ait voulu procurer de l'argent à son mari et qu'elle ait entendu abdiquer d'une manière complète tous ses droits. Il est possible qu'elle ait voulu seulement donner pleine sécurité à l'acquéreur, le mettre à l'abri d'une poursuite hypothécaire du chef de l'hypothèque légale, le placer dans la situation que lui créerait la purge légale tout en le dispensant de l'accomplissement des formalités de cette procédure. Dans le doute, la loi se prononce dans le sens de cette dernière interprétation. Elle est, d'ailleurs, conforme à l'intention probable des parties qui ont dû vouloir que la renonciation produisit tous les effets nécessaires à la sécurité de l'acquéreur, mais pas davantage. Or, ce qui importe à l'acquéreur, c'est de ne pas pouvoir être évincé par l'exercice du droit de suite. Il n'a pas

(1) *Du nantiss. des priv. et des hyp.*, II, n° 1443.

« d'intérêt à ce que la femme, et ses ayants droit, perdent, en outre, leur droit de préférence sur le prix ;
« ce droit de préférence sera donc maintenu. La femme
« avait intérêt à le réserver. On suppose qu'elle l'a
« fait ».

A. — *Durée et conservation.*

Le droit de préférence que la femme conserve ainsi après la renonciation, à moins de convention contraire, c'est celui qu'elle conserverait à la suite de la purge des hypothèques inscrites ; nous l'avons expliqué en traitant de l'extinction du droit de suite (1).

De ce principe nous tirerons trois conséquences :

1^o La durée du droit de préférence ne se règle pas conformément aux art. 717 et 772 C. pr. civ.

2^o Ce droit se conserve sans aucune mesure de publicité ;

3^o Il fait obstacle au paiement du prix entre les mains du mari et à la cession de la créance de ce dernier contre l'acquéreur, en dehors du consentement de la femme.

Et d'abord, la durée du droit de préférence de la femme n'est soumise à aucune condition spéciale. On doit, sans hésiter, écarter ici l'application des art. 717 et 772 C. pr. civ. ; nous avons dit, en effet, en exami-

(1) Cf. § précédent.

nant les effets de la purge des hypothèques légales, que ces dispositions n'étaient applicables qu'à la purge des hypothèques non inscrites ; la conservation du droit de la femme ne sera donc pas subordonnée à l'ouverture d'un ordre, ni à la production de la femme à cet ordre, dans les brefs délais indiqués par les articles en question.

Les travaux préparatoires ne peuvent laisser aucun doute à ce sujet.

Les pétitions et les projets de loi étant restés muets sur la question des effets de la renonciation à l'égard du droit de préférence, la Commission du Sénat avait cru devoir combler cette lacune en renvoyant, pour la durée de la conservation de ce droit, aux art. 717 et 772 C. pr. civ. ; mais M. Lacombe fit très-justement observer que les règles posées par ces articles n'avaient pour raison que la négligence de la femme à révéler l'existence de son hypothèque légale après sommation ; cette mise en demeure n'existant pas dans le cas de renonciation, il n'y avait plus lieu d'appliquer les mesures qui en étaient la sanction. M. Lacombe concluait donc à ce que l'exercice du droit de préférence fût laissé à la femme selon le droit commun jusqu'au jour où il viendrait à être atteint par la prescription. La Commission se rendit à ces raisons et le renvoi aux art. 717 et 772 C. pr. civ. fut supprimé.

On doit en conclure que le droit de préférence de la femme a la même durée que celui des créanciers hypo-

thécaires inscrits après la purge, c'est-à-dire 30 ans(1).

Il faut également, et dans le même ordre d'idées, décider que la conservation de ce droit n'est assujettie à aucune condition de publicité.

Cette question, qui n'a d'intérêt qu'après la dissolution du mariage puisque la femme est formellement dispensée, pendant la durée du mariage, de prendre une inscription pour conserver son rang, a été cependant très vivement discutée.

On s'est demandé s'il fallait appliquer, dans l'espèce, la règle de l'article 8 de la loi de 1855 qui oblige la femme à prendre inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage, sous peine de perdre son rang, ou si cette règle devait être écartée, étant donné qu'il s'agit ici non plus de l'hypothèque légale elle-même, mais d'un simple droit de préférence.

La seconde solution nous semble devoir être adoptée sans hésitation. Ici encore, les travaux préparatoires fournissent un argument puissant pour écarter l'appli-

(1) Cf. Tissier, *op. cit.*, p. 646. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, n° 1146. — Cette innovation de la loi de 1889 a été cependant très vivement critiquée par M. Escorbiac (*Lois nouvelles*, 1889, p. 125). Selon cet auteur, il eut été préférable de ne permettre l'exercice du droit de préférence à la femme que pendant un délai de 3 mois, délai que le notaire eût été obligé de lui faire connaître au moment de la signature de l'acte de renonciation, en même temps qu'il aurait donné lecture de l'art. 772 du C. pr. civ. Le législateur aurait été ainsi dispensé de réglementer l'extinction et la cession du droit de préférence, préoccupations auxquelles on doit les dispositions inintelligibles de l'al. 5 de la loi de 1889.

cation de règles spéciales qu'il n'a pas été dans l'esprit du législateur d'imposer à la femme renonçante. « La femme, dit le rapport complémentaire de la commission au Sénat (1), est investie d'un droit de préférence *dont elle usera dans les conditions et suivant la procédure qui lui sera indiquée par les circonstances.* » M. Boulanger demanda, en vain, à la commission si elle entendait soumettre les cessions du droit de préférence aux règles de l'art. 9 de la loi de 1855. Cette observation resta sans réponse et la question ne fut même pas posée de nouveau au cours de la discussion en deuxième lecture.

Il y a là une preuve bien évidente que l'omission d'une disposition imposant une publicité pour la conservation du droit de préférence n'a pas été involontaire de la part du législateur. Il n'a fait d'ailleurs, en agissant ainsi, que rester d'accord avec la définition donnée par lui des effets de la renonciation à l'al. 1 de la loi ; en effet, les créanciers hypothécaires sont-ils, après la purge, obligés de publier le droit de préférence qu'ils conservent sur le prix de l'immeuble ? Certainement non ; on s'inscrit bien sur un immeuble, mais on ne comprendrait pas la possibilité d'une inscription sur un prix : il était dès lors logique de dispenser de cette formalité la renonciation que la loi a voulu assimiler, dans ses effets, à la purge. « La femme, dit

(1) *J. off.* Annexes du Sénat, 1888, n° 344.

« M. Tissier (1), garde un droit de préférence qui n'est
« pas soumis à la nécessité d'une inscription, même si
« on suppose le mariage dissous ; il est à remarquer
« qu'il en est ainsi de tout droit d'un créancier hypothé-
« caire inscrit lorsqu'après la purge, il est reporté sur
« le prix. » Il est donc bien évident qu'il n'a pas été
dans l'esprit de la loi de soumettre la conservation du
droit de préférence à aucune formalité, au moins tant
qu'il reste entre les mains de la femme.

On a cependant élevé des objections contre cette solution et soutenu que dans des circonstances présentant beaucoup d'analogie avec celles que nous examinons, l'hypothèque, même réduite à un simple droit de préférence, est cependant soumise pour sa conservation, à la prise d'une inscription. On a tiré un argument, dans ce sens, de ce qui se passe pour la conservation du droit de préférence du co-partageant ; en effet, tous les auteurs, quoique divisés sur la question de savoir si le droit de préférence du co-partageant subsiste lorsque celui-ci n'a pas pris inscription dans les quarante-cinq jours, s'accordent à reconnaître que si ce droit existe il peut être utilement inscrit entre le quarante-cinquième et le soixantième jour ; la situation de la femme après la renonciation, a-t-on dit, est toute semblable à celle du co-partageant ; comme lui, elle a à conserver un droit de préférence qui n'est opposable

(1) *Rev. crit.*, 1889, p. 647.

aux tiers que s'il a été inscrit. Cette opinion avait été adoptée par la Cour de Dijon dans un arrêt du 17 novembre 1876 (1).

Cet argument a été très habilement réfuté par M. Chavegrin, dans une remarquable note publiée sous un arrêt de la Cour de Riom, confirmé par la Chambre civile le 6 juin 1887 (2).

Le savant professeur s'est attaché à démontrer l'erreur commise par les partisans de ce système en assimilant le privilège du co-partageant à l'hypothèque légale de la femme mariée.

« Quand, dit-il, faute d'inscription en temps utile,
« une hypothèque se réduit au droit de préférence,
« elle ne peut pas toujours être inscrite. Il convient de
« distinguer avec soin deux situations. Tantôt l'hypo-
« thèque est de celles dont le législateur *subordonne*
« *à une inscription les effets contre les tiers*, de telle
« sorte que sans cette formalité, elle ne donne ni droit
« de suite, *ni rang préférable* ; en ce cas, même
« après la perte du droit de suite, il faut admettre
« l'inscription, puisqu'elle constitue, pour l'intéressé,
« le seul moyen de conserver ce qu'on lui laisse et de
« rendre son titre opposable aux autres créanciers, on
« s'inspire de cette idée en permettant au co-parta-
« geant d'inscrire son privilège dans l'intervalle du
« quarante-cinquième au soixantième jour depuis l'acte

(1) S. 77. 2 261.

(2) S. 89. 1. 17.

« de partage. Tantôt, au contraire, il s'agit d'une
« hypothèque *dispensée d'inscription*, mais que le
« créancier doit publier dans certaines circonstances
« *s'il veut garder le droit de suite*. Cela arrive pour
« l'hypothèque légale de la femme lorsque l'immeuble
« du mari est l'objet d'une expropriation forcée. Le
« rang se déterminant alors indépendamment de toute
« inscription, pourquoi la femme inscrirait-elle après
« la transcription du jugement d'adjudication ? Ce ne
« serait pas en vue de conserver son droit de suite,
« désormais perdu, ce ne serait pas davantage pour
« sauvegarder le droit de préférence qui subsiste sans
« cela et se met en œuvre suivant la procédure tracée
« par l'art. 717 C. pr. civ. A quelque point de vue
« qu'on se place, l'inscription serait donc, l'arrêt de
« Riom l'a fort bien dit, *une vaine formalité*... L'ins-
« cription ne s'applique qu'à l'hypothèque définie par
« l'art. 214 C. civ., c'est-à-dire au droit réel *grevant*
« *les immeubles* pour garantir l'acquittement d'une
« obligation, et *les suivant* dans quelques mains qu'ils
« passent ; le droit ainsi caractérisé se prête seul à une
« inscription valable. »

La Cour de Riom avait, en effet, jugé que les dispositions de l'art. 9 de la loi de 1855 ne s'appliquent qu'à l'hypothèque légale qui a conservé tous ses effets, et qu'après la transcription du jugement d'adjudication, le droit de préférence, indépendant de la formalité de l'inscription, survit seul et se conserve de plein droit.

Il est bien évident que ce que la note et l'arrêt précités disent du jugement d'adjudication s'applique sans difficulté à la renonciation : l'un et l'autre produisent les effets de la purge ; l'inscription que l'on imposerait à la femme pour la conservation de son droit de préférence serait donc parfaitement inutile ; nous croyons même, avec M. Chavegrin, qu'elle ne serait pas susceptible d'être prise.

Nous ne mentionnerons que pour mémoire l'objection tirée du danger de l'absence de publicité pour les ayants cause de l'acquéreur (1), tant il est évident que ces derniers se rendront facilement compte du maintien du droit de la femme sur le prix en consultant l'acte de vente, et en voyant que la femme a concouru à l'aliénation mais non au paiement du prix.

Enfin, comme celui qui survit à la purge des hypothèques inscrites, le droit de préférence que la femme conserve après la renonciation ne permet pas à l'acquéreur de se libérer entre les mains du mari, ni à celui-ci de céder sa créance contre l'acquéreur sans le consentement de la femme. Ceci résulte *a contrario* de l'al. 4 de la loi. « Toutefois la femme conserve son droit de préférence sur le prix, *mais sans pouvoir répéter contre l'acquéreur le prix ou la partie du prix par lui payé de son consentement.* »

La loi de 1889 a encore résolu, sur ce point, l'une

(1) Cf. Escorbiac, *Lois nouvelles*, 1889, p. 130.

des questions qui avaient été le plus vivement controversées en doctrine et en jurisprudence sous la loi de 1855. « Le consentement de la femme au paiement du prix, « disait le rapport complémentaire de la commission « du Sénat (1), sera nécessaire pour mettre l'acquéreur « à l'abri de toute réclamation de la part de cette dernière ».

L'acquéreur ne peut donc faire aucun paiement, et le mari ne peut disposer de sa créance, ce qui reviendrait au même, au préjudice de la femme. MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes (2) ont très bien exprimé cette idée en disant que « la femme n'a pas seulement un « droit de préférence sur le prix, droit de préférence « qu'elle pourrait opposer aux autres créanciers inscrits sur l'immeuble ; elle a encore une créance « contre l'acquéreur qui ne peut pas se libérer en « dehors d'elle. »

L'acquéreur commettrait donc une imprudence sans excuse, s'il payait son prix entre les mains du mari, sans avoir obtenu le consentement de la femme. Ce qui ne veut pas dire, cependant, comme on pourrait le croire à la lecture de la loi, que le paiement fait entre les mains du mari avec le concours de la femme mettait l'acquéreur à l'abri de tout danger ; la prudence lui conseillera encore de ne payer qu'à la suite et en vertu d'une procédure d'ordre, s'il y a des créanciers hypo-

(1) *J. off.* 1888. Annexes Sénat, n° 344.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, n° 1146.

thécaires inscrits sur l'immeuble. En effet, le paiement fait avec le consentement de la femme aura bien pour effet, nous le verrons plus loin (1), de subroger l'acquéreur au droit de préférence de la femme ; mais l'efficacité de la subrogation est subordonnée à l'existence et au chiffre de la créance en reprises de la femme, au jour de la dissolution de la communauté ; si cette créance était nulle, ou même trop faible, la subrogation dont bénéficie l'acquéreur ne le mettrait pas à l'abri des poursuites des créanciers hypothécaires. Il sera donc sage de sa part de provoquer l'ouverture d'un ordre et de purger ainsi les hypothèques qui peuvent exister sur l'immeuble.

On a considéré la disposition de l'al. 4 de la loi nouvelle comme une atteinte portée aux droits du mari en tant que propriétaire ou administrateur de la communauté. « Dénier au vendeur le droit de toucher le prix, « a-t-on dit (2), c'est lui enlever indirectement le pouvoir de vendre. D'après le Code, le mari a qualité « pour aliéner non seulement ses immeubles propres, « mais encore les immeubles de la communauté. Ne « serait-ce pas violer cette règle que de leur interdire « de percevoir, sans le consentement de la femme, le « prix de l'aliénation ? »

Il est facile de répondre à cette objection que la femme pourra très-aisément éviter cette humiliation à

(1) *Infra. Cession du droit de préférence.*

(2) Escorbiac, *op. cit.*, p. 452.

son mari en refusant simplement de renoncer à son hypothèque légale : rien ne peut la forcer à consentir cette renonciation, et elle empêchera bien plus sûrement ainsi la vente. En renonçant à son hypothèque pour faciliter les aliénations de son mari, la femme lui rend un service indispensable ; il est bien naturel qu'elle stipule en retour des garanties. La loi l'a fait pour elle. Il n'y a là aucune atteinte portée aux pouvoirs du mari (1).

B. — *Extinction.*

Le consentement ainsi donné par la femme au paiement du prix emporte renonciation à son droit de préférence ; la femme, dit la loi, ne peut plus répéter contre l'acquéreur le prix ou la partie du prix payé de son consentement.

Cette renonciation au droit de préférence est tantôt *extinctive*, tantôt *translative*.

Elle est extinctive lorsqu'il n'y a pas de créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble, car il suffit alors à l'acquéreur de pouvoir se libérer valablement entre les mains du mari.

Elle est translative, au contraire, lorsqu'il existe des créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble vendu,

(1) Cf. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, n° 1147. — Tissier, *op. cit.*, p. 646. — César-Bru, *De la renonciation par la femme à son hyp. lég.* Thèse, p. 174.

et elle a alors pour effet de subroger l'acquéreur dans le droit de préférence de la femme pour le prix ou la partie du prix qu'il a payé, ce qui lui permettrait de se faire colloquer avant ces créanciers hypothécaires sur le prix de la nouvelle adjudication provoquée par ceux-ci et de rentrer dans ses débours, si toutefois la créance en reprises de la femme, dans les droits de laquelle il est subrogé, se trouve suffisante ; nous en avons dit un mot tout à l'heure en donnant à l'acquéreur le conseil de ne payer son prix qu'en vertu d'une procédure d'ordre. Mais, la question des renonciations subrogatives au droit de préférence fait l'objet de l'al. 5 de la loi que nous étudierons plus loin.

Nous devons simplement nous demander en ce moment si le législateur a prescrit des conditions de formes spéciales pour le consentement de la femme au paiement du prix, quel qu'en soit le résultat pour l'acquéreur.

Nous avons vu que la loi n'avait assujetti à aucune formalité la conservation du droit de préférence ; elle est également muette sur son extinction.

On doit donc en conclure qu'elle n'est soumise non plus à aucune règle particulière. La renonciation au droit de préférence se produit par le seul fait du consentement de la femme au paiement du prix.

Ce consentement pourra évidemment être exprès, mais rien ne s'oppose à ce qu'il soit tacite, et, dans ce

dernier cas, nous croyons que la disposition de l'al. 3, relative aux formes du concours de la femme, devant emporter renonciation tacite à son hypothèque légale, ne doit pas s'appliquer, car il s'agit ici d'un simple droit de préférence.

Nous en dirons autant de la disposition de l'al. 2 concernant l'authenticité, lorsque le consentement de la femme au paiement du prix n'est pas contenu dans l'acte même de renonciation. « L'intervention de l'officier public, disent MM. Baudry-Lacantinerie et de Loy-
« nes (1), est une garantie pour la femme qui renonce
« à son hypothèque légale; elle aurait pu ne pas lire
« l'acte de renonciation, ne pas en comprendre la por-
« tée, céder aux obsessions de son mari. Ici, les dan-
« gers ne sont pas les mêmes : le paiement est un acte
« simple, dont la femme saisira facilement les consé-
« quences. L'intervention d'un officier public n'a pas
« la même raison d'être ».

Il n'y a peut-être pas là une harmonie parfaite entre les dispositions de la loi qui sont relatives à la renonciation au droit de suite et celles qui réglementent la renonciation au droit de préférence ; il ne nous appartient pas, dans tous les cas, de suppléer les omissions, involontaires ou non, du législateur (2).

(1) *Op. cit.*, n° 1152.

(2) Cf. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, n° 1153. — Tissier, *op. cit.*, p. 648, 649. — *Contrà*, Escorbiac, *op. cit.*, p. 155.

La question de savoir si des formalités de publicité sont nécessaires pour la validité de la renonciation au droit de préférence doit être envisagée de façon différente, selon qu'il s'agit d'une renonciation extinctive ou d'une renonciation subrogative. Nous traiterons de cette dernière au paragraphe suivant (1).

Pour ce qui est de la renonciation extinctive, on peut dire qu'elle est parfaite aussi bien *inter partes* qu'à l'égard des tiers dès que le consentement de la femme a été constaté dans un acte ayant acquis date certaine. L'extinction pure et simple du droit de préférence n'a, d'ailleurs, d'intérêt que pour l'acquéreur et ses ayants cause, et nous avons dit que les intérêts de ces derniers n'exigeaient aucune publicité (2).

« La publicité, disent MM. Baudry-Lacantinerie et
« de Loynes (3), n'a pour but que de faire connaître
« aux tiers la naissance, la transmission ou l'extinction
« des droits réels. Or, du moment où la femme n'a
« conservé, par l'effet de la renonciation à son hypo-
« thèque légale, qu'un droit de préférence sur le prix,
« il n'existe plus de droit réel affectant l'immeuble ; il
« ne subsiste qu'un droit de créance contre l'acqué-
« reur, et il n'y a pas de raison de publier son extinc-
« tion par une mention sur le registre du conserva-
« teur ».

(1) *Infra. Cession du droit de préférence.*

(2) Cf. *Durée et conservation du droit de préférence.*

(3) *Op. cit.*, n° 1154.

La loi prend, d'ailleurs, soin d'ajouter que l'extinction du droit de préférence ne peut porter aucun préjudice aux tiers.

Le consentement donné au paiement du prix, dit l'al. 4 *in fine*, *ne doit préjudicier en rien aux droits des autres créanciers hypothécaires*. Nous empruntons l'explication de cette phrase, comme celle des autres dispositions de l'al. 4, au rapport complémentaire de la commission du Sénat. « Le consentement de
« la femme, dit ce document (1), ne pourra porter
« préjudice aux droits des autres créanciers hypothé-
« caires qui, dans l'ordre ouvert sur le prix, quoique
« partiellement ou totalement payé, peuvent exiger
« que la femme déduise de sa production la somme
« représentant la portion du prix au paiement de
« laquelle elle aura consenti. »

Nous avons dit, en effet (2), que le consentement donné au paiement total ou partiel du prix par la femme, doit s'interpréter comme une renonciation totale ou partielle à son droit de préférence sur le prix de l'immeuble ; ce qui ne veut pas dire, cependant, comme le fait très bien remarquer M. Tissier (3), que sa créance en reprise soit diminuée en rien, ni qu'elle cesse de pouvoir être exercée hypothécairement sur les autres immeubles du mari ; « il y a simplement, quant à celui

(1) *J. off.* 1888. Annexes Sénat, n° 344.

(2) Cf. *suprà*. *Durée et conservation du droit de préférence*.

(3) *Op. cit.*, p. 648.

« qui a été vendu, une mainlevée totale ou partielle. »

Certains auteurs ont été, cependant, jusqu'à prétendre que la créance en reprises de la femme se trouve diminuée par l'exercice qu'elle a fait de son droit de préférence en consentant au paiement total ou partiel du prix. « La femme, en consentant au paiement du prix, a-t-on dit (1), entre les mains du mari, a, en réalité, exercé son droit de préférence, par conséquent elle a diminué sa créance hypothécaire... Le prix touché par le mari, du consentement de la femme, est comme s'il avait été touché par la femme elle-même. »

Et l'on s'appuie, pour soutenir cette thèse, sur le rapport supplémentaire de M. Merlin, où se lit la phrase suivante (2): « On comprend que la créance que l'hypothèque générale était destinée à garantir se trouve « réduite de la somme représentant le prix ou la portion du prix de l'immeuble vendu au paiement duquel « elle a consenti. »

Il nous semble que l'honorable sénateur et ceux qui l'ont suivi dans son opinion ont été victimes, sur ce point, d'une regrettable confusion. La créance en reprises de la femme contre son mari ne pourrait être diminuée que par une cession qui en serait faite dans la forme des art. 1690 et s. C. civ.; seule, l'hypothèque qui garantit cette créance souffre de la subrogation de

(1) Le Saché, *De la renonciation par la femme à son hyp. lég.* Thèse, p. 256 s.

(2) *J. off.* 1888. Annexes Sénat, n° 344.

l'acquéreur au droit de préférence qui résulte, d'après l'alinéa 5, du consentement donné par la femme au paiement du prix (1); la femme reste toujours créancière de son mari; elle devient simplement chirographaire dans la mesure où elle a abdiqué son droit de préférence par son consentement au paiement, et encore, croyons-nous avec M. Tissier, que cet effet ne se produit qu'au regard de l'immeuble vendu; il est bien évident que la femme devra déduire de sa production hypothécaire sur cet immeuble les sommes payées par l'acquéreur, puisque celui-ci, en vertu de l'al. 5, produira déjà pour ces sommes de son chef, et que cette double production porterait préjudice aux créanciers hypothécaires postérieurs; mais, nous ne voyons pas pourquoi la femme ne produirait pas pour la totalité de ses créances, dans les ordres qui pourraient s'ouvrir sur les autres immeubles du mari; les créanciers inscrits sur ces immeubles n'auront pas à souffrir d'une production de l'acquéreur: ils ne verront les droits de la femme exercés que par elle, comme ils y avaient toujours compté; pourquoi profiteraient-ils de la subrogation que la femme a consenti sur le prix d'un autre immeuble. Elle est pour eux *res inter alios acta*.

Une seule chose pourra avoir de l'intérêt pour eux; et celle-là nous ne la contestons pas; la femme perdra son rang hypothécaire primitif pour le montant des

(1) *Infra*. Cession de droit de préférence.

sommes payées de son consentement, et son hypothèque légale ne vaudra plus, jusqu'à concurrence de ce chiffre, après la réalisation de la subrogation de l'acquéreur, qu'à la date de cette obligation (art. 2135 C. civ.) (1).

Les derniers mots de l'al. 4 nous semblent donc devoir être interprétés dans le sens le plus restrictif; il en résulte simplement que le paiement produit sur l'immeuble vendu une mainlevée de l'hypothèque de la femme proportionnelle à la part du prix payée entre les mains du mari du consentement de cette dernière.

C. — *Cession.*

La renonciation au droit de préférence qui résulte du concours de la femme au paiement du prix peut aussi, avons-nous dit, revêtir un caractère translatif, et ceci lorsqu'il y a des créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble, afin de mettre l'acquéreur à l'abri de leurs poursuites. « Supposons que ces créanciers hypothécaires usent de leurs droits, disent MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes (2), qu'ils saisissent l'immeuble et le fassent vendre aux enchères pour obtenir leur paiement. Sur le prix d'adjudication, l'acquéreur sera colloqué en première ligne comme subrogé au droit de préférence de la femme jusqu'à concurrence du prix ou de la partie du prix qu'il a payé au mari

(1) Cpr. *infra*. *Cession du droit de préférence*.

(2) *Op. cit.*, n° 1156.

« avec le consentement de la femme, et, s'il perd ainsi « son immeuble, du moins il rentrera dans ses fonds ».

La subrogation au droit de préférence ainsi produite au profit de l'acquéreur, est-elle assujettie à des formalités particulières ?

Nous avons rejeté tout à l'heure la nécessité de l'authenticité aussi bien pour les renonciations extinctives que pour les renonciations translatives au droit de préférence, quand elles sont consenties dans un acte postérieur à celui qui contient la renonciation à l'hypothèque légale. Nous n'y reviendrons donc pas.

Reste la question de publicité. Les subrogations au droit de préférence sont-elles soumises sous ce rapport à des règles spéciales ? Nous entrons ici dans la partie la plus délicate de notre sujet.

Deux situations doivent être envisagées.

La subrogation peut être consentie au profit d'un tiers ou au profit de l'acquéreur. L'al. 5 de la loi que nous étudierons tout à l'heure, ne prévoit que la seconde de ces hypothèses, mais il est intéressant d'examiner d'abord la première.

Nous croyons que, si la femme veut céder à un tiers le droit de préférence qu'elle conserve sur le prix de l'immeuble vendu, ce qui, en pratique, ne se présentera guère, cette subrogation n'est pas soumise aux formalités de publicité de l'art 9 de la loi de 1855. Cet article ne parle, en effet, que des cessions de l'hypothèque légale et nous sommes en présence, ici, d'une simple cession

d'un droit de préférence ; il n'y a là, croyons-nous, qu'une cession de créance ordinaire soumise seulement aux règles des articles 1690 et s. C. civ.

Il nous semble, d'ailleurs, qu'une inscription relative au droit de préférence n'est pas plus susceptible d'être prise par un cessionnaire que par la femme elle-même. Nous avons vu, en parlant de la conservation du droit de préférence, que la Cour de Riom (1) avait considéré comme *une vaine formalité* l'inscription du droit de préférence pris par la femme après la transcription d'un jugement d'adjudication, que l'on peut assimiler dans ses effets à la renonciation. « L'hypothèque légale, réduite au droit de préférence, disait M. Chavegrin (2), ne comporte aucune inscription utile prise par la femme, » et ce même auteur ajoute dans la note déjà citée : « Comment ceux qu'elle subroge feraient-ils ce qui ne lui est pas possible ? Sans doute, c'est dans leur intérêt propre, non dans le sien, qu'ils requièrent l'inscription, mais l'hypothèque qu'ils veulent révéler au public est celle de la femme. Ils doivent donc suivre les règles qui régissent l'hypothèque de la femme et ne peuvent la porter efficacement à la connaissance des tiers lorsqu'il est trop tard pour que la subrogante elle-même accomplisse la formalité. »

Ces raisons nous semblent absolument décisives pour écarter l'application de l'art. 9 de la loi de 1855. Nous

(1) V. *Suprà*. *Durée et conservation du droit de préférence*.

(2) Note sous l'arrêt de Riom. S. 1889. 1. 17.

avons dit, d'ailleurs, que la question posée à ce sujet au rapporteur de la commission du Sénat, par M. Boulanger (1), était restée sans réponse. On peut en conclure que l'intention du législateur n'a jamais été de soumettre à la formalité de l'inscription ou de la mention les simples cessions du droit de préférence, au moins quand elles sont consenties à des tiers.

Il n'est pas permis d'être, de prime abord, aussi affirmatif quand la cession du droit de préférence est consentie à l'acquéreur lui-même.

Les subrogations de ce genre se trouvent en effet prévues par l'al. 5 de la loi de 1889 et il y est expressément parlé des formalités de publicité de l'art. 9 de la loi de 1855. Ce texte est ainsi conçu :

« Le concours ou le consentement donné par la
« femme soit à un acte d'aliénation contenant quittance
« totale ou partielle du prix, soit à l'acte ultérieur de
« quittance totale ou partielle du prix emporte, même
« à due concurrence, subrogation à l'hypothèque légale
« *sur l'immeuble vendu* au profit de l'acquéreur vis-
« à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs en
« rang : *mais cette subrogation ne pourra préjudi-*
« *cier aux tiers qui deviendraient cessionnaires de*
« *l'hypothèque légale de la femme sur d'autres im-*
« *meubles du mari, à moins que l'acquéreur ne se*
« *soit conformé aux prescriptions du § 1 du présent*
« *article* » (ancien article 9 de la loi de 1855).

(1) V. *Suprà*. *Durée et conservation du droit de préférence*.

La première partie de cet al. 5 est aisée à comprendre ; nous avons expliqué tout à l'heure l'utilité qu'il y a pour l'acquéreur à se voir subroger au droit de préférence de la femme lorsqu'il y a des créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble. Observons simplement que la loi emploie, pour exprimer cette idée, l'expression inexacte de subrogation à l'hypothèque légale.

Mais que signifie la 2^e partie : « *mais cette subrogation ne pourra préjudicier aux tiers qui deviendraient cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme sur d'autres immeubles du mari, à moins que l'acquéreur ne se soit conformé aux prescriptions du § 1 du présent article* » ?

De cette phrase obscure « qui est destinée, a-t-on dit (1), « à devenir pour la doctrine un vrai champ de bataille, « et pour les hommes d'affaires une mine inépuisable « de procès », il ressort que la loi impose à l'acquéreur subrogé au droit de préférence l'accomplissement des formalités de publicité de l'ancien art. 9 de la loi de 1855 (al. 1 du nouvel article), pour éviter un conflit éventuel.

C'est ce conflit qu'il s'agit de déterminer.

Remarquons d'abord que la loi ne prévoit pas ici le cas où l'acquéreur aura à se prévaloir de sa subrogation vis-à-vis des créanciers hypothécaires inscrits sur

(1) Escorbiac, *op. cit.*, p. 125.

l'immeuble vendu, pour se faire colloquer avant eux sur le prix.

« La subrogation, dans ce cas, disait le rapport complémentaire de la commission du Sénat (1), peut
« s'accomplir de plein droit et sans aucune formalité
« de publicité, le contrat intervenu entre la femme et
« l'acquéreur ne modifiant pas la situation des créanciers inscrits. »

La loi prévoit seulement le cas où l'acquéreur viendrait en conflit avec des subrogés postérieurs à l'hypothèque légale de la femme sur d'autres immeubles, et aurait à se prévaloir à leur encontre de la subrogation au droit de préférence de la femme qui a été consenti à son profit sur le prix de l'immeuble vendu.

C'est ici que la pensée, qui a animé le législateur, devient absolument inintelligible pour nous. Comment concevoir qu'un conflit puisse éclater entre des créanciers hypothécaires inscrits sur des immeubles différents? Comme on l'a fort bien dit (2), il ne se produira jamais. « Il n'y a, en effet, que deux situations possibles. Ou bien les créanciers subrogés ont publié
« leur titre antérieurement au paiement effectué par
« l'acquéreur, et alors celui-ci a été imprudent en ne
« demandant point l'autorisation de payer à ceux qui
« avaient seuls qualité pour la lui donner, ou bien ils

(1) *J. off.* 1888. Annexes du Sénat, n° 344.

(2) Bureau, *De la ren. à l'hyp. lég. par la femme du vendeur*, thèse, p. 110.

« ne l'ont pas publié, et alors l'acquéreur est valable-
« ment subrogé au droit de préférence qui survivait
« au profit de la femme. Dans ce cas, aucun conflit ne
« peut naître entre lui et le créancier qui serait ulté-
« rieurement subrogé à l'hypothèque de la femme,
« car ils suivent chacun une route parallèle et leur
« droit atteint des immeubles différents. Il est clair,
« en effet, que l'acquéreur ne peut prétendre exercer
« son droit de préférence sur d'autres immeubles que
« sur celui-là même qu'il a acquis, et il ne lui servirait
« à rien d'être investi d'un droit plus étendu, car il ne
« faut pas oublier qu'il n'est créancier de personne et
« qu'il se propose seulement de conjurer les désas-
« treux effets d'une poursuite hypothécaire ; les autres
« créanciers subrogés, dont le titre est postérieur au
« paiement fait du consentement de la femme, ont été
« subrogés dans l'hypothèque légale sur les immeubles
« du mari, *excepté* sur celui qui avait été aliéné. Au-
« cune collision n'est possible entre eux et l'acquéreur,
« pas plus qu'elle n'est possible entre deux créanciers
« dont l'hypothèque porte sur des immeubles diffé-
« rents. »

Prise à la lettre, la disposition de l'al. 5 n'a pas d'application possible. De deux choses l'une, en effet : ou cette disposition a été écrite dans l'intérêt de l'acquéreur, ou elle l'a été dans l'intérêt des tiers.

Si on a voulu servir ainsi les intérêts de l'acquéreur, l'intention du législateur est inexplicable ; on ne pour-

rait, en effet, interpréter le texte que de la façon suivante : La quittance à laquelle la femme a concouru a pour effet de subroger l'acquéreur à son droit de préférence sur le prix de l'immeuble vendu, c'est-à-dire que si l'immeuble vient à être exproprié et un ordre ouvert sur son prix à la requête des créanciers hypothécaires du mari, l'acquéreur viendra avec le rang de la femme se faire colloquer avant eux pour le montant de la somme par lui payée. Mais, s'il a fait inscrire sa quittance conformément à l'art. 9, al. 1, il pourra, de plus (probablement pour le cas où le prix de l'immeuble vendu sur saisie n'aurait pas été suffisant pour le désintéresser), venir se faire payer sur le prix des autres immeubles du mari au sujet desquels aucun droit hypothécaire ne lui a été cédé par la femme.

Comment concevoir que, par le fait de la publicité de sa subrogation sur le prix de l'immeuble A, l'acquéreur exerce des droits sur les immeubles B, C, D, etc. ? Il est impossible de prêter une pareille intention au législateur.

Il résulte, au contraire, des travaux préparatoires, que le législateur a voulu exiger cette publicité dans l'intérêt des tiers cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme sur d'autres immeubles.

« Il est un cas cependant, disait M. Merlin⁽¹⁾ dans le « rapport complémentaire de la commission du Sénat

(1) *J. off.* Annexes du Sénat, 1888, n° 344.

« que nous avons cité plus haut, où la condition de
« publicité exigée par le § 1 de l'art. 9 devra être im-
« posée à l'acquéreur ; *c'est celui ou l'hypothèque*
« *légale de la femme grève d'autres immeubles du*
« *mari que l'immeuble vendu* avec le concours de la
« femme. La femme, alors, reste libre de traiter avec
« les tiers de cette hypothèque à laquelle elle n'a pas
« renoncé ; elle peut la céder ou y subroger : mais on
« comprend que la créance que l'hypothèque générale
« était destinée à garantir se trouve réduite de la somme
« représentant le prix ou la portion du prix de l'im-
« meuble vendu au paiement duquel elle a consenti,
« et que, dès lors, elle ne peut, sans tromper le tiers
« avec lequel elle traitera, lui céder qu'une garantie
« correspondante à ce qui lui reste effectivement dû
« sur sa créance. Mais, comment le tiers sera-t-il averti
« de la situation, si ce n'est par l'accomplissement des
« formalités de publicité prescrites par le § 1 de l'ar-
« ticle 9 ? »

Dans cette seconde hypothèse, la disposition en ques-
tion aurait donc pour but de porter à la connaissance
des tiers auxquels la femme voudrait céder plus tard
son hypothèque légale, la diminution que celle-ci a su-
bie (c'était sans doute la pensée de M. Merlin lorsqu'il
disait que la créance garantie par l'hypothèque légale
se trouvait réduite par la subrogation consentie à l'ac-
quéreur ; la créance en reprise de la femme ne peut
jamais être diminuée de cette façon. c'est seulement

l'hypothèque qui la garantit qui se trouve atteinte). On peut se demander, d'abord, pourquoi le législateur se montre si soucieux de l'intérêt de ces tiers alors que la plus élémentaire prudence leur commande de se méfier d'une subrogation au droit de préférence, lorsque la transcription leur fait déjà connaître une renonciation à l'hypothèque légale. S'il n'y avait cependant que cette objection à faire, le texte y résisterait comme tant d'autres qui ont édicté des mesures de protection aussi peu intéressantes. Mais, de même que dans la première hypothèse, nous ne comprenions pas l'intérêt de l'acquéreur à prendre inscription, on ne conçoit pas non plus ici quel bénéfice les tiers cessionnaires peuvent tirer du défaut de publicité.

Que voudrait donc dire en effet l'al. 5 ? Nous ne pourrions lui prêter que le sens suivant :

Lorsque l'acquéreur aura négligé de publier sa quittance subrogative, les tiers cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme sur d'autres immeubles du mari et qui ne pourraient se faire colloquer utilement sur leur prix, pourront venir se prévaloir de cette hypothèque sur l'immeuble vendu, soit en contraignant l'acquéreur à payer une seconde fois entre leurs mains si l'ordre est clos, soit en venant se faire colloquer à sa place s'il est temps encore de produire.

Ainsi, des tiers auxquels la femme, dit la loi, n'a cédé son hypothèque *que sur d'autres immeubles* B, C, D..., par exemple, viendraient exercer des pour-

suites hypothécaires sur l'immeuble A, ou produire à l'ordre ouvert sur le prix de cet immeuble. Mais, en vertu de quel droit ? On chercherait en vain dans toute la législation hypothécaire, un texte autorisant un créancier inscrit sur un immeuble à exercer son droit sur un autre.

Nous arrivons donc, comme dans la première hypothèse, à une conclusion absurde.

Comment expliquer alors l'al. 5 de la nouvelle loi, sinon par une inadvertance du législateur ?

M. Tissier, dans sa remarquable étude sur la loi de 1889 (1), explique l'erreur de la loi par une confusion de textes qui se serait produite au cours des travaux préparatoires « Le texte de la loi, dit-il, a été, il « nous semble, le résultat d'une confusion. Il avait été « question d'abord de viser les renonciations subroga- « tives au profit de l'acquéreur pour exiger leur publi- « cité à l'égard des cessionnaires que la femme pour- « rait plus tard investir de ses droits *sur l'immeuble* « *aliéné*. Mais le rapporteur au Sénat, M. Merlin, « laissa de côté ce point de vue pour en indiquer un « autre qui n'a aucune portée. Cette confusion appa- « rait avec évidence si l'on compare l'article addition- « nel, proposé par M. Lacombe, que la commission a « eu, à l'origine, l'intention d'adopter, et le texte, aussi « bien que les motifs, qui ont été finalement admis par

(1) *Op. cit.*, p. 654.

« elle. L'article additionnel proposé par M. Lacombe
« était ainsi conçu : « Le concours de la femme et son
« consentement au paiement total ou partiel du prix
« emporte, au profit de l'acquéreur et à due concurren-
« rence, vis-à-vis des créanciers hypothécaires posté-
« rieurs, subrogation à l'hypothèque légale, mais
« *seulement sur l'immeuble vendu* et à charge pour
« lui de se conformer aux prescriptions du § 1 du pré-
« sent article. « Le texte adopté et promulgué dit :
« Cette subrogation ne pourra préjudicier aux tiers qui
« deviendraient cessionnaires de l'hypothèque légale
« de la femme *sur d'autres immeubles du mari*, à
« moins que l'acquéreur ne se soit conformé, etc. »
« Si on remarque qu'on a été d'accord à la commission
« et au Sénat pour faire droit à la proposition La-
« combe, il est clair qu'on a dit, en définitive, le con-
« traire de ce qu'on voulait dire. »

C'est, à notre avis, la seule excuse qu'on puisse invoquer en faveur du législateur. On s'est ingénié cependant à trouver une explication plausible de cette singulière disposition, et nous ne connaissons pas moins de quatre systèmes proposés dans ce but.

Dans une première opinion longuement motivée par M. Escorbiac (1), la loi aurait seulement prévu le cas où, après avoir subrogé l'acquéreur dans son droit de préférence sur le prix de l'immeuble vendu, la femme

(1) *Op. cit.*, p. 164 et s.

céderait ensuite à des tiers l'intégralité de son hypothèque légale. Les droits de ces derniers portant alors sur tous les immeubles du mari, un conflit serait possible entre l'acquéreur et eux. « Nantis de cette subrogation générale qui comprend tous les droits hypothécaires de la femme, dit M. Escorbiac, ces tiers auraient pu inquiéter l'acquéreur et le forcer à verser de nouveau entre leurs mains le prix qu'il a déjà payé. Pour conjurer ce danger, l'acquéreur n'a qu'à rendre sa subrogation publique. »

La date de la publicité servirait donc à régler la question de préférence et à résoudre le conflit.

On peut faire à ce système, d'ailleurs très ingénieux, le grave reproche de sortir de l'hypothèse formellement prévue par la loi; l'art. 5 ne parle que des cessionnaires de l'hypothèque légale *sur d'autres immeubles du mari* et M. Escorbiac fait au contraire résulter le conflit du droit que ces tiers peuvent avoir sur l'immeuble vendu; il n'en est pas question dans la loi.

Puis, l'existence même de ces droits nous semble très contestable. M. Escorbiac semble supposer, en effet, que la subrogation générale à l'hypothèque légale a pu donner à des tiers des droits sur l'immeuble vendu: mais l'hypothèque légale de la femme, en tant qu'elle porte sur cet immeuble, a été purgée par la transcription de l'acte de renonciation, elle ne peut plus faire l'objet d'une subrogation; le droit de préférence seul a subsisté (quoique la loi dise, très inexactement d'ail-

leurs, que l'acquéreur est subrogé à l'hypothèque légale), et ce droit n'a pu être compris dans une subrogation générale à l'hypothèque légale ; nous avons dit plus haut que c'était une créance ordinaire cessible seulement dans les formes des art. 1690 et s. C. civ.

D'ailleurs, même en supposant cette cession accomplie, nous ne voyons pas comment les tiers auraient pu faire inscrire l'hypothèque légale de la femme dans les termes de l'art. 9 en tant qu'elle porte sur l'immeuble vendu. « La femme qui a renoncé à son hypothèque « légale au profit de l'acquéreur (1), disent MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, n'aurait certainement « pas le droit de la faire inscrire. Elle pouvait être « contrainte d'en donner mainlevée. Comment les tiers « qu'elle subrogerait à son hypothèque légale pourraient-ils, en dehors d'un texte formel, recevoir des « droits plus étendus que la femme et requérir une inscription que celle-ci ne serait pas admise à prendre ? »

Il nous semble donc que le système de M. Escorbiac doit être rejeté comme ne s'appliquant pas à l'hypothèse prévue par la loi.

Comment expliquer alors la possibilité d'un conflit entre l'acquéreur et les cessionnaires de l'hypothèque légale sur d'autres immeubles ?

On a tenté de l'expliquer dans une seconde opinion en soutenant que l'al. 5 vise seulement l'acquéreur qui

(1) *Op. cit.*, n° 1163.

se ferait subroger sur d'autres immeubles pour supplément de garantie. Cette interprétation semble, en effet, ressortir du premier rapport présenté à la Chambre des députés par M. Bernier (1).

Malgré l'appui qu'elle trouve dans les travaux préparatoires, cette solution doit être écartée comme la précédente parce qu'elle se rapporte à une hypothèse toute différente de celle dont parle l'al. 5. Il n'est question, en effet, dans ce texte que de la subrogation qui résulte du paiement au profit de l'acquéreur *sur l'immeuble vendu*. La loi ne dit pas un mot des subrogations que l'acquéreur pourra se faire consentir pour supplément de garantie sur les autres immeubles du mari.

Nous ne croyons pas, d'ailleurs, qu'il ait été dans l'intention du législateur de considérer l'acquéreur comme subrogé de plein droit sur les autres immeubles du mari, par suite de la renonciation consentie sur l'immeuble vendu ; cette interprétation, qui permettrait, il est vrai, de comprendre sans difficulté l'al. 5 (1), ne nous semble pas résulter des travaux préparatoires. M. Bernier ne parlait, dans son rapport à la Chambre, que de « la subrogation demandée, par l'acquéreur, pour sa sécurité personnelle, sur les autres immeubles du mari, à la charge de l'inscrire. » Bien plus, la proposition Lacombe que le Sénat et la Commission ont,

(1) *J. off.* 1888. Annexes de la Chambre, n° 3251.

(1) Cf. M. Boistel dans son cours.

en réalité, voulu adopter (1) ne visait que les créanciers hypothécaires postérieurement inscrits *sur l'immeuble vendu*.

En tout cas, et quelle qu'ait été l'intention du législateur, il nous semble bien difficile de faire dire au texte ce qui n'y est point écrit, et nous n'oserions prendre sur nous de suppléer une semblable omission dans la loi.

Reste enfin un quatrième système professé par MM. Dalmbert (2), Wable (3), Baudry-Lacantinerie et de Loynes (4) qui, en donnant de l'al. 5 une explication très savante, parvient à faire entrevoir la possibilité d'un conflit entre l'acquéreur et les autres subrogés.

Un exemple nous paraît nécessaire pour en bien faire comprendre le raisonnement.

Supposons le mari propriétaire de deux immeubles, A et B. Il vend le 1^{er} janvier 1896, pour la somme de 60,000 francs l'immeuble A, déjà grevé d'hypothèques conventionnelles ; la femme renonce à son hypothèque légale et subroge l'acquéreur à son droit de préférence sur le prix, le même jour.

Postérieurement, le 1^{er} février 1896, la femme subroge un créancier personnel pour 60,000 francs à son hypothèque légale sur l'immeuble B.

(1) Cf. Tissier, *op. cit.*, p. 654.

(2) *Op. cit.*, p. 632 et s.

(3) *Op. cit.*, n° 157 et s.

(4) *Op. cit.*, n° 1163 et s.

Arrive la dissolution du mariage, et les reprises de la femme sont liquidées à la somme de 80,000 francs, montant de sa dot, par exemple.

L'immeuble A est vendu à la requête des créanciers hypothécaires ; un ordre s'ouvre sur son prix, et l'acquéreur produisant le premier à l'ordre avec le rang de la femme réalise sa subrogation et est colloqué pour les 60,000 fr. qu'il a déboursés.

L'hypothèque qui garantit la créance en reprises de la femme ne se trouve nullement diminuée de ce chef ; en effet, au moment où la femme a garanti ou cautionné la vente, elle a acquis contre son mari une créance égale à la somme pour laquelle elle a consenti la cession de son droit hypothécaire ; son hypothèque légale garantit aussi cette nouvelle créance, mais conformément à l'art. 2135 C. civ., elle ne prend rang, jusqu'à concurrence de cette somme, qu'à la date de la subrogation consentie au profit de l'acquéreur.

Ceci posé, supposons qu'un ordre s'ouvre sur le prix de l'immeuble B, vendu 70,000 francs sur expropriation, cet immeuble étant déjà grevé depuis le 1^{er} décembre 1895 d'une hypothèque conventionnelle pour 50,000 francs. Le créancier subrogé à l'hypothèque légale de la femme pour 60,000 francs sur cet immeuble, produit à l'ordre pour cette somme, et se croit sûr de venir en ordre utile, parce qu'il est subrogé au rang de la femme, à la date de la célébration du mariage.

Cela eût été vrai si l'ordre s'était ouvert sur l'immeuble B avant celui qui a déjà été clos sur l'immeuble A. Mais, par le fait de la réalisation de la subrogation dont était bénéficiaire l'acquéreur de l'immeuble A la situation du créancier subrogé sur l'immeuble B va se trouver changée. L'hypothèque légale de la femme garantit toujours, en effet, la restitution d'une somme de 80,000 francs ; mais, elle n'a plus rang que pour 20,000 francs à la date de la célébration du mariage. Pour les 60,000 francs restants, elle ne prend rang qu'au 1^{er} janvier 1896, à la date de la subrogation de l'acquéreur de l'immeuble A.

Par conséquent, le créancier subrogé sur l'immeuble B pour 60.000 francs, dont la créance eût été préférable pour sa totalité à celle du créancier hypothécaire du mari inscrit seulement à la date du 1^{er} décembre 1895, s'il eût pu invoquer le rang primitif de l'hypothèque légale de la femme, ne pourra plus produire, de ce chef, que pour 20,000 francs ; pour les 40,000 francs restants, il ne produira qu'à la date du 1^{er} janvier 1896, et, comme le créancier hypothécaire qui a rang au 1^{er} décembre 1895 absorbera les 50,000 francs restants sur le prix de l'immeuble (70.000 francs), le créancier subrogé à l'hypothèque légale de la femme perdra 40,000 francs pour lesquels il ne viendra plus en ordre utile.

Il y aura donc bien, dans l'hypothèse que nous venons de faire, un conflit entre les droits de l'acquéreur de

l'immeuble vendu et ceux d'un créancier subrogé à l'hypothèque légale sur un autre immeuble (si les ordres s'étaient ouverts en ordre inverse, c'est l'acquéreur qui eût souffert de la réalisation de la subrogation du créancier), et il se peut que M. Merlin ait voulu prévoir ce cas lorsqu'il disait dans un langage, d'ailleurs inexact, que « la créance que l'hypothèque légale était « destinée à garantir, se trouve réduite de la somme « représentant le prix ou la portion du prix de l'im-
« meuble vendu », et que « la femme ne peut, sans
« tromper le tiers avec qui elle traitera, lui céder
« qu'une garantie correspondante à ce qui lui reste
« effectivement dû sur sa créance ». La publicité exigée par l'al. 5 servirait alors à régler le conflit qui s'élève entre l'acquéreur et le créancier subrogé sur d'autres immeubles. Dans l'hypothèse que nous avons faite, par exemple, ce serait l'acquéreur qui eût souffert de la réalisation de la subrogation du créancier, si cette subrogation avait été publiée avant la sienne.

Il est certain que l'explication ainsi proposée de l'al. 5 est extrêmement ingénieuse : elle s'applique exactement à l'hypothèse prévue par ce paragraphe, et elle démontre la possibilité du conflit en même temps que l'utilité de la publicité.

Malheureusement, cette explication présente un très grave inconvénient : dans l'hypothèse qu'elle prévoit la loi se trouve absolument dépourvue de sanction.

En effet, avons-nous dit, en suivant notre exemple,

si l'inscription prise par le créancier subrogé sur l'immeuble B était antérieure à celle de l'acquéreur de l'immeuble A, non seulement ce créancier ne souffrirait pas de la réalisation de la subrogation de l'acquéreur de l'immeuble A, mais ce serait ce dernier qui ne pourrait plus produire que pour 20,000 à la date de la célébration du mariage, et qui se verrait primé pour le reste du prix, par les créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble A avant sa subrogation.

Ceci est fort bien; mais, si un ordre, comme nous l'avons supposé, s'ouvre d'abord sur cet immeuble A, alors qu'il n'en est pas encore question sur l'immeuble B, comment fera le créancier subrogé sur ce dernier immeuble pour se prévaloir, vis-à-vis de l'acquéreur de l'immeuble A, de l'antériorité de sa publicité? Un seul moyen se présentera à lui: intervenir à l'ordre ouvert sur l'immeuble A et contredire la production de l'acquéreur.

Malheureusement, ce droit, d'après l'art. 755 C. pr. civ., est exclusivement réservé aux créanciers produisant à l'ordre et à la partie saisie; le créancier subrogé sur l'immeuble B n'a ni l'une ni l'autre de ces qualités. Il ne sera donc pas recevable dans son intervention, et la distribution du prix se fera nonobstant sa contestation. La règle posée par l'al. 5 de la loi de 1889 n'aura pas de sanction.

Et il n'y a là rien de particulier à la loi de 1889 et à la subrogation consentie au profit d'un tiers acquéreur.

« La même situation se retrouve sous la loi de 1855,
« dit M. Tissier (1), chaque fois que deux personnes
« sont respectivement subrogées à l'hypothèque légale
« sur deux immeubles différents. La cession faite à
« l'une d'elles est de nature à diminuer la créance en
« reprises au préjudice de l'autre. Ce danger menace
« les cessionnaires antérieurs comme les cessionnaires
« postérieurs du moment qu'il s'agit d'immeubles dif-
« férents et qu'il n'y a pas de publicité d'un immeuble
« à l'autre. D'une façon générale, c'est une erreur de
« croire que l'art. 9, § 1, a pu avoir pour but de rendre
« publics les événements de nature à diminuer les re-
« prises de la femme. Cet article a en vue de déter-
« miner le rang respectif des cessionnaires successifs
« de l'hypothèque légale sur un même immeuble, non
« de leur permettre d'évaluer le chiffre de la créance
« de reprises. Tous les jours, des faits peuvent s'ac-
« complir, paiement, emploi, collocation dans un ordre
« ou une distribution, qui diminuent la créance de la
« femme et qui n'ont pas plus à être portés à la con-
« naissance des tiers que les faits nombreux qui peu-
« vent, à chaque instant, accroître cette créance. La
« même situation se présente ici ; celui qui n'est ces-
« sionnaire que sur certains immeubles est exposé à ce
« que les reprises soient exercées par un autre cession-
« naire subrogé sur d'autres immeubles. On ne peut,

(1) *Op. cit.*, p. 656.

« d'ailleurs, remédier à ce danger. Voulût-on, d'ailleurs, « appliquer littéralement la loi qu'on se heurterait à « cet obstacle décisif : l'absence de sanction. »

En présence des objections qui s'opposent à l'admission des différents systèmes que nous venons d'exposer, nous sommes bien forcés de conclure que l'al. 5 de la nouvelle loi est absolument sans application dans sa partie finale ; le droit de préférence de la femme n'a jamais besoin d'être inscrit après la transcription de la renonciation à l'hypothèque légale ; nous croyons même avoir suffisamment démontré qu'il n'est pas susceptible de l'être (1).

Le danger de cette absence de publicité ne sera d'ailleurs pas bien sérieux pour les tiers ; la prudence leur commandera de se renseigner, et sans trop d'efforts, il pourront toujours savoir si la femme a concouru ou non au paiement du prix ; ils seront, dès lors, fixés sur le sort du droit de préférence. Si, faute d'avoir pris ces précautions, ils sont victimes d'un piège, « ils porteront, « comme l'a très bien dit M. Chavegrin (2), la peine de « leur légèreté ».

(1) *Suprà*, *Durée et conservation du droit de préférence*.

(2) *Op. cit.* S. 89. 1. 17.

CONCLUSION

Quelle conclusion faut-il tirer de cette étude, et quel jugement porter sur l'œuvre du législateur de 1889 ?

On a été sévère en général pour ce dernier.

Il nous semble, pour notre part, qu'il a atteint la partie la plus essentielle du but qu'il s'était proposé.

Il a tranché la difficulté relative à l'application de l'ancien art. 9 aux tiers acquéreurs, et il l'a résolue au moyen d'une disposition depuis longtemps souhaitée par les auteurs les plus compétents. Le principe de l'authenticité s'imposait, et, malgré les attaques dont il a été l'objet, nous croyons que le législateur a bien fait de la maintenir dans la nouvelle loi.

La publicité a été réglée conformément aux désirs exprimés par la doctrine et la jurisprudence. Elle a été établie de la façon la plus simple et la plus efficace ; nous avons dit que la loi, sur ce point, devait être approuvée sans réserves.

Les deux questions principales se trouvent donc désormais résolues sans controverses possibles, et c'était là le point essentiel.

Le législateur, il est vrai, n'a pas voulu en rester là, et il a prétendu régler jusqu'aux plus minutieux détails.

Cette tâche a été au-dessus de ses forces, mais elle était inutile.

Nous avons signalé, en parlant de la renonciation tacite, le peu d'intérêt et même les inconvénients de la disposition de l'al. 3.

Nous venons de constater, en dernier lieu, les graves imperfections de l'al. 5, qui eût pu être avantageusement supprimé. Nous ne croyons pas, cependant, qu'il puisse donner lieu, dans la pratique, à des difficultés bien sérieuses.

Telle qu'elle est actuellement, la loi de 1889 constitue donc un progrès considérable sur l'ancien état de choses. Elle n'a pas atteint la perfection, il est vrai, mais c'est encore une des œuvres législatives les plus utiles que le Parlement ait élaborées dans ces derniers temps. On doit lui en savoir gré.

Vu :

Par le Président de la Thèse,

A. BOISTEL.

Vu :

Par le Doyen,

COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1
CHAPITRE I. — Condition de validité	25
SECTION I. — <i>Capacité de la femme</i>	25
SECTION II. — <i>Conditions de forme</i>	36
§ 1. — Code civil.....	36
§ 2. — Loi de 1855.....	39
§ 3. — Loi de 1889.....	61
A. — Authenticité.....	65
B. — Manifestations du consentement.....	73
C. — Publicité.....	85
CHAPITRE II. — Effets de la renonciation	97
SECTION I. — <i>Avant la loi de 1889</i>	97
SECTION II. — <i>Loi de 1889</i>	101
§ 1. — Extinction du droit de suite.....	102
§ 2. — Survie du droit de préférence.....	106
A. — Durée et conservation.....	108
B. — Extinction.....	118
C. — Cession.....	125
CONCLUSION.....	147

GRANDE IMPRIMERIE DE BLOIS, — PAUL GIRARDOT ET C^e.

GRANDE IMPRIMERIE DE BLOIS. — PAUL GIRARDOT ET C^{ie}
